المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

حُدُودُ اتِّفَاقِيَّةِ لَاهَايَ لِتَنْفِيذِ الأَحْكَامِ الأَجْنَبِيَّةِ وَالاعْتِرَافِ بِهَا لِعَامِ ٢٠١٩*

(دراسة تحليلية)

The Limits of the 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (Analytical Study)

أ.د. إياد مطشر صيهود*
جامعة ذي قار/ كلية القانون

م.م . تبارك وليد قنديل *
جامعة ذي قار/ كلية القانون

تاريخ الإرسال: 2025\09\18 تاريخ القبول: 2025\10\27 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

أبْدى مؤتمر لاهاي منذ قيامة العمل على توحيد قواعد القانون الدولي الخاص، والالمام بجميع المتطلبات التي من شأنها حماية حقوق الأفراد من الضياع نتيجة لتواجد عنصر أجنبي، من هنا فقد كان موضوع الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها من المسائل التي قد لاقت اهتماماً بالغاً من قبل القائمين على المؤتمر؛ اذ إن اصدار حكم من قبل محكمة مختصة وفقاً لقوانينها الداخلية والسعي لأبداء نتائجه في أسوار تشريع آخر ودولة أخرى، أمرا يحمل أهمية قصوى في سياق القانون الدولي الخاص، إذ إن ترتيب عواقب الحكم بالاعتراف به وتنفيذه يجعل منة جزءا من المنظومة القانونية لدى المحكمة المطلوبة، مما يؤدي إلى اندماج أفكار تشريع دولة في تشريع أخرى، لذا تمّ العمل الدؤوب للمؤتمر منذ عام ١٩٩٢ بالسعي المستمر للوصول إلى صك عالمي يحقق الآمال بهذا الشأن، ومنها أدى انبثاق اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ التي دخلت حيز النفاذ للعمل بين الدول المتعاقدة في ١سبتمبر ٢٠٢٣ ، متضمنة بنطاقها المسائل المدنية والتجارية، إلا أن وجود استثناءات عديدة تدخل معظمها بصميم الأمور المدنية والتجارية، أدى إلى خلق إشكاليات بوضع آليه منضبطة لتحديد المعنى الدقيق لمقصود الاتفاقية من المسائل المدنية والتجارية، الأمر الذي حدى بنا بحث حدود الاتفاقية للوصول إلى النقاط الأصيلة وآلية التفسير المعتمد بشأن اعتماد نطاق محدد للاتفاقية؛ إذ إن بوضع إطار واضح للاتفاقية يعكس آلية تطبيق عملية ناجحة.

الكلمات المفتاحية: النطاق، الأحكام الأجنبية، الاعتراف، التنفيذ.

Abstract

The Hague Conference, since its inception, has worked to unify private international law and address the requirements that would protect individual rights from being lost due to the presence of a foreign element. Hence, the issue of recognition of foreign judgments has

*بحث مستل

* Email: Iaw1e227@utq.edu.Iq

* Email : Tabarakwalid24@utq.edu.iq

received considerable attention from conference participants. Issuing a ruling by a competent court, regardless of Its internal laws, and the need to express Its results within the framework of other cooperatives, is a matter of distinct importance in the context of private International law. The arrangement of the results, with its subsequent recognition, draws from a part of the legal system's specific knowledge, leading to the Integration of innovators in many fields. Therefore, work has been underway on the conference since 1992, after moving away from the Brazilian New Year's Treaty, until the 2019 Hague Convention, which entered into force between the contracting states on September 1, 2023. Its scope includes harmful and commercial damages, but many exceptions affect most of them at the core of harmful and commercial matters. This has led to problems In arriving at a disciplined approach for a large reason, as to the intended meaning of harmful and commercial damages. Therefore, we have looked only at the boundaries to arrive at the original and Interpretive points regarding the choice to define the specific scope of the agreement; as establishing a framework for the agreement clearly reflects the Implementation of the process.

Keywords: Scope, Foreign judgment , Recognition ,Enforcement.

مقدمة

إنّ الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها من الموضوعات الهامة والحساسة في مسائل القانون الدولي الخاص؛ فالاعتراف بحكم صادر من قبل دولة أخرى سيرتب على الدولة المعروض عليها أمر الاعتراف تقبل ما ورد من دلائل وأسانيد، وإعلاناً لقبول الحق المدمج في الحكم؛ أي بذلك سيصبح جزءاً من المنظومة القانونية للبلد، لهذا سعى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لمواكبة تطور العقلية القانونية وبذل جهود حثيثة للاهتمام بجانب فذ من القانون الدولي الخاص، والسعي للوصول إلى صك عالمي بهذا الإطار.

مشكلة البحث: تتحدد الإشكالية في حداثة طرح الاتفاقية مما يولد تساؤلات وشكوك عن كثير مما ستنتجه، وبشكل خاص المسائل المشمولة في الاتفاقية، تطرقت الاتفاقية لنطاق متفرد عام في كم هائل من الاستثناءات، بما قد يشعر الدول بالتردد من الانضمام لمثل هذه الاتفاقية.

أهمية البحث: تنبع الأهمية لدراسة الموضوع؛ محاولة لإرساء اخر المستجدات والتطورات في الميدان الدولي بخصوص موضوع الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، اذا إنه على الرغم من وجود تشريع خاص بهذا الشأن في التشريع العراقي بقانون رقم ٣٠ لعام ١٩٢٨، إلا أنه عند النظر إلى بنودة المحددة يمكن القول بأنه لم يحقق الطموح بمواصلة الواقع العملي اليوم على صعيد العلاقات الدولية الخاصة والتطور الحاصل بوفقها، فعلية بات من المهم عرض طبيعة التأثير الناتج من اتفاقية لاهاي على منظومة التشريع العراقي مستقبلاً؛ كون الاتفاقية أنتجت من احضان مؤتمر لاهاي الداعم لتوحيد القانون الدولي الخاص، وبالتالي من المصلحة لفت انتباه المختصين بالجانب التشريعي إلى أهم الاحداثيات الناتجة منه.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

منهجية البحث : سنتبع في طرح المادة العلمية على المنهج التحليلي؛ للوقوف على تطلعات اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية؛ لمعرفة الرؤى الدولية التي يبتغيها مؤتمر لاهاي من طرح تلك الاتفاقية، وانعكاسات ذلك على المدى الممكن الوصول إليه بشأن موضوعاتها.

هيكلية البحث : لبيان مواطن البحث نقسمه على مبحثين، في الأول منه سنتناول العرض الأولي لبناء اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩، ويتضمن ذلك العرض مطلبين، الأول منهما للمسار العملي للاتفاقية، والثاني للدول المنظَّمة لها، أما في إطار المبحث الثاني فسنتعرض لنطاق الاتفاقية؛ حيث سيتم تخصيص المطلب الأول للمسائل المشمولة بالاتفاقية، والمطلب الثاني، سيتعرض للنطاق الإقليمي للاتفاقية.

المبحث الأول

العرض الأولي لتبني اتفاقية لاهاي لتنفيذ الأحكام الأجنبية والاعتراف بها لعام ٢٠١٩

إنَّ التطرق للمفردات المشمولة بتطبيق أحكام الاتفاقية، يحمل بين طيّاته عرضاً للأساس الذي انطلق منه مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، فيما يتعلق في تقنية الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، الذي اتسعت أهميته قبال التعامل المكثف عبر الحدود، وبشكل أخص بالميدان التجاري، من هنا ولبيان هذا التفصيل، يمكن تقسيم المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الأول

المسار العملي للشروع بالاتفاقية

تمثل الاتفاقية نتاجاً ملموساً من جهة مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، بشأن مسودة نظام الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية؛ إذ كان المشوار قد ابتدأ من عام 1992 بالسعي لطرح نموذج يحتذى به في الاطار الدولي بشأن الاختصاص القضائي الدولي ومجال تنفيذ الاحكام الاجنبية والاعتراف بها؛ ولهذا قد يبدو أن الاتساع بنطاق الولاية القضائية الدولية يمكن عدة مبرراً بالنسبة للوافدين لمؤتمر لاهاي لاسيما وفود القارة الاوروبية في وقت هو الذي منذ وضع الاتفاقية بعام 1968 ([1]) وفي حدود ما يرتبط بمحتوى

---

[1]) في القرن الماضي، ومن منطلق الوعي القائم بأن الأحكام الأجنبية يجب أن تكون ذات تأثير عبر الحدود، أُثيرت جهود عديدة على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية، ومن ضمن هذه الاوضاع كانت الحالة الأكثر نجاحاً في أوروبا؛ إذ واستناداً إلى متطلبات السوق الداخلية والفوائد التي تعود على مواطنيها، أبرمت الدول الأعضاء في الجماعة الاقتصادية الأوروبية في عام 1968 اتفاقية متعددة الأطراف لتسهيل الاعتراف بالأحكام بين الدول الأعضاء وتنفيذها، والتي خففت أيضاً من الوضع السلبي الذي تركته العديد من الاتفاقيات الثنائية في أوروبا، بعد أن تطورت الجماعة الاقتصادية الأوروبية إلى الاتحاد الأوروبي في عام 1993، اعتمدت اتفاقية بروكسل في عام 2001 بشكل رئيس على قواعد اتفاقية (بروكسل) لعام 1968، كمبدأ للاعتراف المتبادل بالأحكام الأجنبية بهدف تسهيل الوصول إلى العدالة، وفي كانون الثاني 2015، تم تحديث بروكسل الأول رسمياً من قبل بروكسل Ibis.40، ولم تطبق اتفاقية بروكسل لعام 1968 الا على الخمس عشرة دولة كانت عضواً في الاتحاد الاوربي قبل عام 2004.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الجماعة الاقتصادية الأوروبية، بدوا ينظرون للاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية بأنهما وجهان لعملة واحدة، على الرغم من تزايد الاهتمام بهذا الجانب قد بدأ بين عامي 1992 و 2001، إلا أن المؤتمر المعد لذلك لم ينجح ولجأ الى التحديد الاكثر بنطاق المنازعات بشأن اختيار المحاكم المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية، وقد تم الانتهاء منها في حزيران عام 2005 ، ومن بعد 15 عام تم العمل على اجتذاب عدد من التصديقات نحو الاتفاقية اعلاه، الذي جاء نتيجة جهود حقيقية قد امتدت قرابة ثلاث عقود من الزمن وذلك بانعقاد العديد من الاجتماعات، كان الحد الادنى لها خمسة، فضلاً عن الاستعانة بأربعين خبير مختاراً من المجموعة المعينة من قبل مؤتمر لاهاي، ولوضع مرتكزات الاتفاقية القائمة على وضع حد أدنى من المعايير الدولية للتداول العالمي للأحكام المدنية والتجارية والاستثمار المتعدد الاطراف([2]).

ومنذ عقد من الزمن وجدت اللجنة القائمة على المؤتمر الحاجة الفعلية لاستئناف السعي بشان طرح مشروع لتنفيذ الاحكام الاجنبية، وبالفعل فإن المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي في عام 2010 استعان بآراء اعضاء اللجنة بهذا الامر، وقد وافقت اللجنة العامة والسياسية على هذا الاستئناف ،وكان لابد من الاستعانة بآراء الخبراء لتقويم ماهية الايجابيات المتوقعة من استئناف طرح مشروع تنفيذ الأحكام الأجنبية، وقد واصلت العمل وفقاً لمسار السعي لاكتمال التجهيز للمشروع أعلاه، بما يقتضي من إعداد الاجتماعات والاستعانة بالخبراء لمحاولة الوقوف على صك دولي ناجح من الناحية العملية([3]).

كان الغرض من إنشاء هذه الاتفاقية خلق حرية بالحركة عبر الحدود -في ما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية-؛ كون هدفها السعي الى تعزيز الوصول للتعاون الدولي بمتعلقات التعاون القضائي بما يقلل المخاطر والتكاليف المرتبطة بالنزاعات عبر الحدود؛ لذا فمن المهم تيسير تنفيذ الاتفاقية التجارية والاستثمار المتعدد الاطراف، والقائم على القواعد والقدرة على التنقل؛ إذ تُمثل اتفاقية لاهاي لعام 2019 جزءاً من مشروع قانون مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، وأنها المحاولة الثالثة له بإيجاد صك عالمي يضمن مسألة الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، فالأولى بدأت عام 1971 إلّا أنها قد اضحت فاشلة؛ فبعد خمسين عاماً من انعقادها لم يُصادِق عليها سوى خمس دول، أربع منهما جزء من المؤتمر، (هولندا ، ألبانيا ، قبرص ، البرتغال)، وواحدة ليست من ضمنه وهي(دولة الكويت)، ولعل السبب الفاعل لفشلها؛ كونها مرهقة بالتكاليف بإلزامها على الدول المنضمة إنشاء اتفاق ثنائي تكميلي بينهما لتكون ملزمه لهما،

للمزيد من التفصيل ينظر لطفا:
Yuhan Ji, Recognition of Foreign Judgments With A Special Focus on Maritime Judgments, THESIS to obtain the degree of Doctor from the Erasmus University Rotterdam, 2022, p.31.
([2])See, Marta Pertegás, THE 2019 HAGUE JUDGMENTS CONVENTION: THE ROAD AHEAD, REGIONAL PIL CONFERENCE, Asian Academy of International Law Limited, University of Antwerp and Maastricht University, 2020, p.2-3.
([3])See, Marta Pertegás, op.cit, p.2-3.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

والمحاولة الثانية كانت في اتفاقية اختيار المحكمة لعام 2005 التي عُدت انجح من السابقة وقد عملت على ضمان فاعلية الاختيار الحصري للمسائل المدنية والتجارية والاعتراف بالأحكام وتنفيذها، وهي مستوحاة من اتفاقية نيويورك 1958، وقد دخلت حيز النفاذ في 1 تشرين الأوّل ٢٠١٥، لدى المكسيك وسنغافورة، وقد انضمت جميع دول الإتحاد الاوربي لها ليصبح عدد الدول الأعضاء في الاتفاقية ٣١دولة([4]).

إنَّ المحاولات لعقد اتفاقية عام 2019 قد بدأت من عام 1992 وحينها أبدى أعضاء المؤتمر رغبتهم بإنشاء صك عالمي مماثل لاتفاقية بروكسل؛ وذلك بجعلها اتفاقية واسعة النطاق ومزدوجة تمزج بين قواعد الاختصاص القضائي الدولي وبين احكام الاعتراف بالأحكام الاجنبية وتنفيذها، ولكن سرعان ما وجدوا أن الاتفاقية المزدوجة غير مجدية وأن الاتفاق المختلط يحقق مرونة اكثر كونه يسمح بتنفيذ القواعد الوطنية لكل ولاية قضائية فضلاً عن القواعد الموحدة بشان الاعتراف، إلا أنه من عام 1999 إلى 2001 لم تصل اللجنة المعنية الى توافق في الآراء بشأن عدد من القضايا منها الانترنت والتجارة الالكترونية، وهذا أمر طبيعي بشأن أمور واسعة النطاق، مما أدّى إلى الاجتماع على اتفاقية عام 2005 وعدت اتفاقية مزدوجة قائمة على قبول النظر بالقضايا ذات الاختصاص الحصري والاعتراف بالحكم الاجنبي وتنفيذه، والصادر من محاكم ذات الاختصاص([5]).

وفي عام 2011 قرر المؤتمر إنشاء صك بسيط يتناول الاختصاص غير المباشر للولاية القضائية والاعتراف بالأحكام الاجنبية وتنفيذها، وقد اكمل الفريق المختص في عام 2015 عمله وقدم المشروع خلال فترة بين 2016-2019، وقدم أربعة اجتماعاتٍ وانتهت مسودة المشروع في يونيو 2019، وتم اعتماده في 2 يوليو 2019، وهو ذات التاريخ الذي وقعت به الاورغواي على الاتفاقية([6]).

في أيار 1992، قدم المستشار القانوني لوزارة الخارجية الأمريكية مقترحاً إلى الأمين العام لمؤتمر لاهاي (سلفي جورج دروز) بأن يعمل على التداول بما يتعلق باتفاقية متعددة الأطراف بشأن الاعتراف بالأحكام وتنفيذها، وقد أرفق بالرسالة تقرير من البروفيسور فون مهرين، يحدد فكرته عن الاتفاقية "المختلطة"، التي تضمنت رؤية مرتبطة بالاختصاص القضائي المباشر؛ إذ كانت الولايات المتحدة تعقد

([4])See, Arnt Nielsen, Peter, The Hague 2019 Judgments Convention From Failure to Success Journal of PrIvate International Law vol16(2) , 2020, p.3-4.
([5])See, Arnt Nielsen, Peter, op.cit, p.4.
([6]) كما وتمثل هذه الاتفاقية مع اتفاقية اختيار المحاكم العديد من أوجه الشبه، إلا انها لوجود عدد من الاسباب السياسية والتقنية، فقد أدت إلى الكثير من نقاط الخلاف، منها ان الاولى تمثل النطاق الاوسع على المستوى الدولي، كما وانهما يشكلان حزمة تكمل احداهما الاخرى، ولازال من حق الدولة ان تقرر الانضمام الى واحدة منهما فقط.
للمزيد من التفصيل ينظر لطفاً:
Ronald A. Brand, New Challenges in the Recognition and Enforcement of Judgments, Working Paper No. 2018-29.September 2018,University of Pittsburgh School of Law, p.27.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

في بادئ الأمر مفاوضات ثنائية مع الدول الأوروبية فقط، ولكن عندما تم الالتفات إلى فوائد تطبيق صك متعدد الأطراف على المستوى العالمي، وعن تجربة مؤتمر لاهاي في إبرام المعاهدات المتعددة الأطراف، اختارت الولايات المتحدة مؤتمر لاهاي كمنتدى تفاوضي.

ومع ذلك، تم الإقرار بأنه لا يمكن ببساطة تجاهل اتفاقية لاهاي لعام 1971؛ لذلك تم تقديم مقترح أن يكون الحل الامثل هو المضي بالمشوار تماماً، كيفما تطورت اتفاقية بروكسل، من خلال بدء مفاوضات بشأن اتفاقية واحدة وهي صفة بسيطة، بما في ذلك بعض الأسباب المباشرة للولاية القضائية، ثم النظر في ما إذا كانت الخطوة التالية للاتفاقية مزدوجة اولاً، على أن تكون الأسس المباشرة للولاية القضائية، ممكنة([7]).

في جلسة التوقيع بالدورة الدبلوماسية أوضح الدكتور كريستوف برناسكوني، الأمين العام لمؤتمر لاهاي، أن اتفاقية لاهاي للأحكام ستصبح "حجر قمة للجهود العالمية لتحسين الوصول الحقيقي والفعال إلى العدالة" وأنها ستملأ "ثغرة مهمة في مشهد القانون الدولي الخاص" بما يرتبط بمسائل الاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه([8]). وتعد الاتفاقية الصك الشقيق لاتفاقية لاهاي لاختيار المحكمة لعام 2005 النافذة حالياً في المكسيك والجبل الأسود وسنغافورة والاتحاد الأوربي -دولة- (بما في ذلك المملكة المتحدة)، إلّا أن لاهاي ٢٠١٩ أوسع بكثير في النطاق من لاهاي ٢٠٠٥؛ لأنها تضع قواعد لتداول أحكام المحاكم المؤهلة خارج القضايا التي صدر فيها حكم على أساس اختيار اتفاق المحكمة بين أطراف النزاع الدولي، وهي أقرب من حيث اتساعها إلى اتفاقية نيويورك لعام 1958 (التي تتعامل مع الاعتراف الدولي بقرارات التحكيم وإنفاذها)([9]).

المطلب الثاني

انضمام البلدان للاتفاقية

كانت المفوضية الأوروبية، نيابة عن الاتحاد الأوروبي من بين الأطراف التي وقعت على القانون النهائي لاتفاقية عام 2019 في الدورة الدبلوماسية الثانية والعشرين؛ ومنذ 3 نيسان/أبريل 2007، كان الاتحاد الأوروبي (في ذلك الوقت الجماعة الأوروبية) من بين الأعضاء في مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص؛ إذ إن نتيجة التعديل للنظام الأساس للمؤتمر في عام ٢٠٠٥، أذ منحت منظمات التكامل الاقتصادي

([7])See, Hans van Loon, Towards a global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments In Civil or Commercial Matters, Article published by Nederlands Internationaal Privaatrecht, Vol. 1, p.8,2020.
([8]) SUN Jin* and WU Qiong, The Hague Judgments Convention and How We Negotiated It, Published by Oxford University Press, 2020,p.484.
([9])See,Sara Sheffield, Partner and Derek Bayley,THE NEW HAGUE JUDGMENTS CONVENTION, Article published by LexisNexis, 2019, p.1

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الإقليمية (REIOs) الحق في أن تصبح عضو في المؤتمر، من هذ الحين أصبح الاتحاد الأوروبي طرفاً متعاقداً في ثلاث من صكوك لدى مؤتمر لاهاي، وهذا ما قد يسبب إشكاليات كون المنظمة الداخلة تتمكن من تطبيق قواعدها الداخلية بالتالي في الامور ذات التشابك التي تعالج ذات الموضوع كما في اتفاقية بروكسل، مما يسبب لها اشكالية([10]).

وفي 23 حزيران 2022، أعطى البرلمان الأوروبي من خلال اعتماد تقرير لجنة JURI A9-0177/2022 موافقته على انضمام الاتحاد الأوروبي إلى اتفاقية لاهاي لتنفيذ الحكم الأجنبي والاعتراف به لعام HCCH 2019 وقد اوضح في البيان التفسيري ان الهدف من الاتفاقية هو "نمو تدفقات التجارة والاستثمار الدولية" كونها "أداة ذات أهمية قصوى للمواطنين الأوروبيين والشركات" وقد ابدى ان أمله في أن يكون توقيع الاتحاد الأوروبي "قدوة للبلدان الأخرى للانضمام"([11]).

وبتاريخ 29 اب 2022 انضم الاتحاد الأوروبي كطرف متعاقد اول وتبعتها اوكرانيا، وبما أن النفاذ يأتي بعد ١٢ شهراً من التصديق لذا دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ 1 سبتمبر لسنة 2023، بموجب المادة ٢٨ من الاتفاقية التي تنص على الآتي: ((١-هذه الاتفاقية ستدخل حيز النفاذ في اليوم الأول من الشهر التالي بانقضاء مهلة عقد الإعلان المنصوص عليها في المادة ٢٩ (٢) لثاني دولة تقوم بإيداع أداتها للتصديق أو القبول ، أو الموافقة أو الانضمام المُشار إليها في المادة (٢٤\ ٢) بعد ذلك فإن الاتفاقية ستدخل حيز النفاذ: أ- بالنسبة لكل دولة قامت لاحقا بالتصديق والقبول والموافقة أو الانضمام للمعاهدة ، بعد مرور اول يوم من الشهر التالي لانتهاء المهلة التي يجوز عمل الإعلان طبقا لنص المادة ٢٩ (٢) فيما يختص بتلك الدولة...))إذ إن الاتحاد الأوروبي باستثناء (الدنمارك) وأوكرانيا، أول دولتان تصادقان على الاتفاقية، وقد

([10]) اذ ان بانضمام الاتحاد لاتفاقية لاهاي عام ٢٠١٩ سيكون الدول الاعضاء للاتحاد ملزمين بتطبيق الاتفاقية وفي نفس الوقت عليهم تطبيق قواعد الاتحاد الاوربي الداخلية، لا سيما لائحة بروكسل الاولى التي تغطي ذات المجال المقضي باتفاقية ٢٠١٩، مما يؤدي الى اشكالية تعارض محتملة للتداخلات المقدرة بين الصكين، وهي مشكلة تبدوا في كل وقت يبرم بها الاتحاد اتفاقية تتناول مجال ينظمه احدى صكوكه الداخلية.

للمزيد من التفصيل ينظر لطفاً:

See, Michael Wilderspin and Lenka Vysoka, The 2019 Hague Judgments Convention through European lenses, Article published by Nederlands Internationaal Privaatrecht, Vol. 1, 2020, p.35.

([11])كما وقد ابدت المقررة في المؤتمر السيدة سابرينا بينيدولي، رايها في ان على الاتحاد ان يحتاط لنفسه بدور الاحتفاظ ببعض جوانب الاعتراضات كما في مسألة الثنائية ومواضيع الاهتمام بالموظفين والمستهلكين وترى انه في حزيران ٢٠٢٣ وقت بالغ العمق للنظر في الموضوع المؤتمر.

للمزيد من التفصيل ينظر لطفاً:

See, HCCH 2019 Judgments Convention Repository, preparation of the Conference on the HCCH 2019 Judgments Convention on 9/10 June 2023, University of Bonn / HCCH ,p.43.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وقعت خمس دولٍ أخرى (كوستاريكا والولايات المتحدة الأمريكية وروسيا أوروغواي) والجبل الأسود ومقدونيا الشمالية)، إلّا أنهما لم يصدقا عليها بعد([12]).

كما وإن دولة الاوروغواي التي هي أول من قامت بالتوقيع على الاتفاقية بتاريخ 2019/7/2 وهو يوم اعتماد الاتفاقية، قد قامت فيما بعد بالتصديق عليها بتاريخ ١سبتمبر ٢٠٢٣ ودخلت حيز التنفيذ في ١ اكتوبر ٢٠٢٤، إذ إن الدولة لكي تتمكن من الانضمام عليها ايداع اشعار في سجل مؤتمر لاهاي ومن ثم في اليوم الأول من الشهر بعد فترة اثني عشر شهرا من إيداع الأخطار تدخل حيز النفاذ([13]).

وفي27 يونيو 2024 صدقت المملكة المتحدة على الاتفاقية وهذا يعني أن في 1 يوليو 2025 تدخل حيز النفاذ لدى المملكة المتحدة، اذ ستدخل الاتفاقية حيز التنفيذ بعد 12 شهرا من التصديق وستطبق على الإجراءات التي بدأت بعد ذلك اليوم "وقال رئيس جمعية القانون في إنجلترا وويلز: "يسرنا أن تنضم المملكة المتحدة إلى اتفاقية لاهاي 2019، التي تنص على توفير إطار من القواعد المشتركة لتسهيل الاعتراف بالأحكام وإنفاذها من ولاية قضائية إلى أخرى"؛ من خلال تسهيل الاعتراف بالأحكام الأجنبية وانفاذها، إذ تعزز الاتفاقية الوصول إلى العدالة للمواطنين والمستهلكين في جميع أنحاء العالم." كما أنه يعزز بيئة وطنية ودولية إيجابية للتجارة المتعددة الأطراف والاستثمار والتنقل.

بعد خروج المملكة المتحدة من الاتحاد الأوروبي لا يوجد صك دولي شامل بما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية، بغض النظر عن اتفاقية لاهاي بشأن اتفاقات اختيار المحكمة لعام 2005 كونها محدودة النطاق، حيث لا يمكن استخدامها إلا لتنفيذ الأحكام الانكليزية في المحكمة الأجنبية ذات الاختصاص الحصري[14] المؤهل لصالح المحاكم الإنكليزية الموجودة في الوثائق التعاقدية التي ينشأ بموجبها النزاع. أما في حال عدم وجود مثل هذا البند، فسوف يخضع تنفيذ الحكم الإنكليزي للقوانين الوطنية للدولة الأجنبية ذات الصلة ، وقد يؤدي باحتمالية أن يكون عملية مجهدة مادياً ووقتياً، مما تكون لها نتائج لا يمكن التنبؤ بها. وبذا فانها ذات تأثير ضيق من منظور الخدمات المصرفية وإعادة الهيكلة، وأنها بديلاً غير كاف قبال لائحة الاتحاد الأوروبي لإعادة صياغة الأحكام (بروكسل) واتفاقية لوغانو لعام٢٠٠٧ ([15]) التي طبقت عندما

([12])See, Van bael&bellisThe 2019 Hague Judgments Convention to enter into force In September 2023, 9 Nov 2022

([13]) The Hague Judgments Convention has entered Into force between EU Member States and Ukraine:
https://www.twobirds.com/en/insights/2023/global/the-hague-judgments-convention-has-entered-into-force-between-eu-member-states-and-ukraine

([14]) تنص المادة الفقرة الأولى من المادة الأولى لاتفاقية اختيار المحكمة لعام ٢٠٠٥ على الآتي ((تسري هذه الاتفاقية في القضايا الدولية على اتفاقيات الاختيار الحصري للمحكمة المبرمة في المسائل المدنية أو التجارية)).

([15]) اتفاقية لوغانو لعام 2007، وهي الاتفاقية التي تم انشاؤها كاتفاقية توازي اتفاقية بروكسل لعام 1968 للعمل على توسيع بعدها الدولي بنظام الاعتراف الخاص بها ليشمل الأعضاء الستة آنذاك في الرابطة الأوروبية للتجارة الحرة بما في

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

كانت المملكة المتحدة عضواً في الاتحاد الأوروبي، ومن المقرر أن تسد اتفاقية لاهاي لعام 2019 الثغرات فيما يتعلق بالمملكة المتحدة، وتوفر اطاراً للاعتراف المتبادل لتسهيل وإنفاذ الأحكام الصادرة عن محاكم الدول المتعاقدة (بما في ذلك في الاتحاد الأوروبي).

يعتبر قرار المملكة المتحدة بالانضمام إلى اتفاقية لاهاي لعام 2019 ، تطوراً إيجابياً في كل من المملكة المتحدة وفي جميع أنحاء العالم مما سيعيد تنشيط قابلية استخدام التقاضي عبر الحدود، في أعقاب خروج بريطانيا من الاتحاد الأوروبي في 31 ديسمبر 2020؛ إذ تتمتع اتفاقية لاهاي لعام 2019 بالقدرة على تسهيل إنفاذ الأحكام الإنكليزية والاعتراف بها في الخارج، بما في ذلك في حالة بنود الولاية القضائية الإنجليزية "غير المتماثلة أو غير الحصرية. هذه الشروط غير مشمولة صراحة باتفاقية لاهاي بشأن اتفاقات اختيار المحكمة لعام 2005، والتي تنطبق على البنود التي تمنح الولاية القضائية الحصرية، كما و يمكن توقع انضمام دول أخرى في الوقت المناسب وعلى افتراض حدوث ذلك، فإن تأثير الاتفاقية، بما في ذلك الإنفاذ المبسط للأحكام الإنكليزية في الخارج سيتوسع بما يتناسب مع ذلك([16]).

و في الوقت الذي كانت المملكة المتحدة عضواً في الاتحاد الاوروبي، وفر لها ذلك بشكلٍ تلقائي الدخول في تدابير الاتحاد منها اتفاقية بروكسل ولوغانو بشأن الولاية القضائية والاعتراف بالأحكام الاجنبية وتنفيذها؛ اذ إنهما وفرا نظاماً مبسطاً في الاعتراف بالأحكام الصادرة من المملكة المتحدة وتنفيذها في البلدان العضوة الأخرى، وفي بلدان رابطة التجارة الحرة والعكس صحيح وبنطاق محدود للرفض وفقاً لأسباب محددة للغاية، وعلى الرغم من ان الانضمام لاتفاقية لوغانو مفتوح للدول الأعضاء في الاتحاد الاوربي وغير الأعضاء في رابطة التجارة الحرة، إلّا أن الاتحاد رفض انضمام المملكة المتحدة للاتفاقية في عام 2021، لذا اضحى من تاريخ كانون الثاني 2021 تنفيذ احكام محاكم المملكة المتحدة في دول الاتحاد الاوروبي ودول الاتحاد الاوروبي للتجارة الحرة والعكس صحيح مسألة تتعلق بالقانون المحلي للدولة المنفذة، في حين أن معظم البلدان لديها قواعد محلية تنظم الاعتراف بالأحكام وتنفيذها في البلدان الأخرى في ظل ظروف معينة، إلا أن تلك القواعد قد تختلف في العديد من النقاط مما قد يؤدي إلى إعادة التقاضي في جوانب معينة بما يسبب مزيداً من التأخير وزيادة في النفقات، غير أن هذا الأمر تم التخفيف من حدته بانضمام المملكة المتحدة الى اتفاقية اختيار المحكمة لعام ٢٠٠٥ ولكنّه مُتعلق بالترتيبات التعاقدية

ذلك دول النمسا وفنلندا وأيسلندا والنرويج والسويد وسويسرا، وعملت اتفاقية لوغانو لعام 2007 على احداث متغيرات عديدة وفقا لأحكام بروكسل الأولى وحلت محل اتفاقية لوغانو لعام 1988 بالكامل.
للمزيد من التفصيل ينظر لطفاً:

Yuhan Ji, op.cit, p.31.

([16]) https://www.nortonrosefulbright.com/en/restructuring-touchpoint/blog/2024/07/the-recognition-and-enforcement-of-judgments---2019-hague-convention-etc

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التي منحها الطرفان بحق التقاضي لاختصاص محكمة واحدة، في حين بانضمام المملكة إلى اتفاقية عام 2019 سيوسع النطاق في القضايا المشمولة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها لزيادة اليقين القانوني([17]).

([17])See, Scrutiny of International agreements: 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments In Civil or Commercial Matters, HOUSE OF LORDS International Agreements Committeee, 11th Report of Session 2023–24, Published by the Authority of the House of Lords, 8 May 2024, p.6-7.

يعرف خروج بريطانيا من الاتحاد الاوروبي على مستوى واسع بأس(Brexit) وهو اختصارا للكلمتين الإنكليزيين (British Exit)قررت بريطانيا الاستقلال التام وان تكون دولة حرة طليقة، بعد انضمام بينها وبين الاتحاد دام اكثر من ٤٣ عام من تاريخ ١يناير ١٩٧٣ الى ٢٣يونيو ٢٠١٦ تاريخاً رسمياً للانفصال، بعد ان تم استفتاء (لجنة الانتخابات) اصاب ٥١.٩ منه على قبول مغادرة الاتحاد والاصوات المؤيدة للبقاء بلغت ٤٨.١ ؛ ومن اهم الاسباب هي تحملها مقادير مالية كمشاركة في الميزانية العامة دون مردود يوازي ذلك، اضافة الى حرية التنقل والهجرة، وفي ٢٩مارس٢٠١٧ قدمت المملكة إخطاراً بالانسحاب بشكل رسمي بموجب المادة ٥٠ من معاهدة لشبونة التي تمنح الدولة العضو امكانية الخروج دون الالزام بالإفصاح عن سبب الخروج، وبدأت مرحلة جديدة بتاريخها السياسي والاجتماعي والاقتصادي تعرف بمرحلة بريكست.
للمزيد من التفصيل ينظر لطفًا:
Ozlem Toplu Yilmaz, BREXIT OPTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC INTEGRATION STAGES, Published by PressAcademia , 2019, p .74.

كما تعد معاهدة لشبونة، مشروع دستوري للاتحاد الاوروبي في ١٣ كانون الاول ٢٠٠٧ ودخلت حيز النفاذ في ١ كانون الاول ٢٠٠٩، وتعمل على منح الاتحاد الأوروبي شخصية قانونية متكاملة، تمكنه من القدرة على توقيع معاهدات دولية في المجالات التي تنسب إليها السلطات أو الانضمام إلى منظمة دولية، كما وغير مسموح للدول الأعضاء الا التوقيع على الاتفاقات الدولية المتماثلة مع قانون الاتحاد الأوروبي، وقد ابدت المعاهدة لأول مرة على إجراء رسمي تسير على مسار الدول الأعضاء الراغبة في الانسحاب من الاتحاد الأوروبي وفقاً لمتطلباتها الدستورية، ووفقاً للمادة ٥٠، فإن على الدولة العضو التي تقرر الانسحاب التوجه بأخطار الى المجلس الأوروبي بحسبا المبادئ التوجيهية التي يقدمها المجلس الأوروبي، الذي يجري تحاوراً مع الدولة المعنية لكي يحدد اليات هذا الانسحاب من جهة ومراعاة اطار العلاقة المستقبلية مع هذا الاتحاد من جهة اخرى، ويتم ايقاف تطبيق المعاهدات للدولة المنسحبة من تاريخ نفاذ اتفاق الانسحاب، أو في حالة عدم ذلك بعد عامين من الإخطار المشار إليه اعلاه، ما لم يعلن المجلس الأوروبي بالاتفاق مع الدولة العضو المعنية، بالإجماع لتمديد هذه الفترة، ولا يشارك عضو المجلس الأوروبي الذي يمثل الدولة العضو المنسحبة في مناقشات المجلس الأوروبي.
للمزيد من التفصيل ينظر لطفا:

*Eva-Maria Poptcheva, Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU, European Parliamentary Research Service, Briefing February 2016, p.2.

*Eeva Pavy , LEGAL BASIS Treaty of Lisbon, fact sheets on the European union 2024, p.1-2.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المبحث الثاني

النطاق الموضوعي للاتفاقية

تعمل الاتفاقية الجديدة لمؤتمر لاهاي في إطار تنفيذ الأحكام الاجنبية والاعتراف بها تحت تأثير التضييق الملحوظ لنطاقها الموضوعي؛ إذ إنه أشار إلى الأساس الذي يحتكم له من الأمور معنونا ذلك بمصطلح المسائل -المدنية والتجارية-، بيد أنه، في نقاط الاتفاقية – اللاحقة -، يعدد جملة استثناءات لاحقاً، وقد يرى المختصون أن في ذلك أهدافاً يسعى المؤتمر لها.

ولإيضاح التحديد الدقيق بهذه المسائل علينا اللجوء إلى رواية المؤتمر في استعمال مصطلح المسائل المدنية والتجارية.

ففي ظل اتفاقية لاهاي لعام 2019 فقد حددت المادة الأولى منها نطاقها بالآتي :

((1.تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بالأحكام وإنفاذها في المسائل المدنية أو التجارية. لا يمتد بشكل خاص ليشمل الإيرادات أو الجمارك أو المسائل الإدارية.

2. تنطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بحكم صادر عن محكمة لدولة متعاقدة أخرى وإنفاذه في إحدى الدول المتعاقدة.))

وبهذا فأنها عينت حدود النطاق من الناحية الموضوعية والاقليمية، بما يمكن توضيحها بالمطلبين الاتيتين:

المطلب الاول

المسائل المشمولة في نطاق الاتفاقية

يعد مبدأ الاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه واحداً من ثلاث مكونات أصيلة في القانون الدَّولي الخاص وهي جزء جديد بالاهتمام في منظومة مؤتمر لاهاي، وفي ظل الاتفاقيات الدولية المُعتمدة من قبل المؤتمر، فيرى هيمنة الموضوعات المُتعلقة بتنازع القوانين والمرتبطة بالتنازع عبر الحدود على الجوانب الأخرى للقانون الدّولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي والتنفيذ)، وهو أمر لا يعد من باب الصدفة؛ إذ إن غالبية البلدان الموجودة تشير بقضايا القانون الإجرائي، والاعتماد على القانون الموضوعي، إضافة إلى ذلك في شأن الاعتراف والتنفيذ للحكم الأجنبي يتم الذهاب إلى ما هو أبعد من ذلك؛ كون التنفيذ يمثل الدفاع الذي تمتلكه النظم القانونية نتيجة ادماج القرارات القضائية الأجنبية في نظامها القانوني المحلي. ومن جانب آخر، فإن التعاون عبر الحدود الذي يتأثر بالعولمة والترابط بين النظم الاقتصادية يتطلب سرعة في الاستجابة للنظم القانونية، وامكانية لاحتساب النتائج المتجلية في القرارات القضائية، إذ يوجد جانب من الانحياز بين سيادة البلدان في قواعد الاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه والحاجة للتعاون السريع بشأن التعاون عبر الحدود، وهذا الأمر هو من شجع على زيادة الاهتمام بالتحكيم كآلية بديلة لتوزيع العدالة، وبالتالي فإن نجاح اتفاقية نيويورك يؤدي إلى فتح باب المنافسة بين الصكين من ناحية توزيع العدالة، ويرى

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

البعض ان نجاح اتفاقية لاهاي يستند على التطبيق العملي للحلول المعتمدة وان كانت تلك القواعد تهم البلدان([18]).

كما وأن من معايير نجاح أي اتفاقية دولية يبدأ بشكل أساس من تحديد نطاقها وأبعادها لجعل مراسمها واضحة الملامح في التطبيق، وأن قيام اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ على المسائل المدنية والتجارية ليس بجديد العهد على صكوك الاتحاد الاوربي، فهذا هو شأن اتفاقية اختيار المحكمة لعام ٢٠٠٥ واتفاقية الادلة لعام ١٩٧٠ ([19])، وقد فسر ما يعتبر مسألة مدنية أو تجارية إلى سوابق قضائية واسعة النطاق من قبل محكمة العدل الأوروبية بموجب نظام بروكسل، مع التأكيد مع أنه ليس ذا طبيعة إلزامية في نطاق هذه الاتفاقية، إلا أن هذه السوابق القضائية قد توفر التوجيه والمساعدة في التطبيق للاتفاقية([20]).

تعمل الاتفاقية كما وارد في النص أعلاه في الفقرة الأولى من نص المادة الأولى للاتفاقية، على رسم نطاق الاتفاقية بآلية التدرج من الطرح العام الى المحدد؛ إذ تعين أولاً المجال القانوني للمسائل المدنية والتجارية بشكل عام ومن ثم البدء بالانتقال إلى استبعاد جانب من الموضوعات بدايةً بذيل الفقرة أعلاه، ومن ثمّ تتعمق في التفصيل بالاستثناءات في المادة الثانية([21]).

انطلاقا من الفقرة الأولى للمادة الأولى التي تنص على أن تنطبق الاتفاقية على الأحكام في المسائل المدنية أو التجارية ولا يمتد، على وجه الخصوص، ليشمل الإيرادات أو الجمارك أو المسائل الإدارية.

فالتحديد وفقاً لما طرحهُ التقرير المفسر للاتفاقية، يكون الحكم مرتبطاً بمسائل مدنية أو تجارية يبرز من خلال طبيعة المطالبة أو الإجراء الذي هو موضوع الحكم، وبالنسبة لمحكمة دولة المنشأ أو مجرد أن الدولة كانت طرفاً في الإجراءات ليست من العوامل الحاسمة، فتنطبق الاتفاقية مهما كانت طبيعة المحكمة، أي

([18]) RUMENOV, I.,Implications of the new 2019 Hague Convention on recognition and enforcement of foreign judgments on the national legal systems of countries in South Eastern Europe, Vol 3 (2019): EU and Member States – Legal and Economic Issues,p.386.

([19]) تنص المادة الأولى في (١) من اتفاقية لاهاي لاختيار المحكمة لعام ٢٠٠٥، على الآتي (((1) تنطبق هذه الاتفاقية في القضايا الدولية على الاختيار الحصري لاتفاقات المحكمة المبرمة في المسائل المدنية أو التجارية)). يبرز أنها لم تطرح مسألة استثناء الايرادات والجمارك والمسائل الإدارية.

كما وتنص المادة الأولى لاتفاقية لاهاي في ١٨ مارس ١٩٧٠ بشأن أخذ الأدلة في الخارج في المسائل المدنية والتجارية، على الآتي ((في المسائل المدنية أو التجارية، يجوز للسلطة القضائية في دولة متعاقدة، وفقاً لأحكام قانون تلك الدولة، أن تطلب من السلطة المختصة في دولة متعاقدة أخرى، عن طريق خطاب طلب، الحصول على أدلة، أو القيام بأي عمل قضائي آخر...)). يلاحظ أن الاتفاقية عينت مفهوم المسائل المدنية والتجارية بشكل عام دون تحديد أي قيد.

([20])Xandra Kramer, Scope of Application: Challenges, Compromises and Chances, The HCCH 2019 Judgments Convention: Cornerstones, Prospects, Outlook (Hart Publishing/Bloomsbury 2023),p.

([21])Rumenov, Ilija, THE NEW2019 HAGUE CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS– BRIDGING THE GAP BETWEEN THE WEST AND THE EAST,p.295.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بغض النظر عما إذا كانت الدعوى المدنية أو التجارية قد رفعت إلى محكمة مدنية أو جنائية أو إدارية أو محكمة عمل وهكذا على سبيل المثال، تنطبق الاتفاقية على الحكم بشأن مطالبات مقدمة بأمور مدنية او تجارية إلى محكمة جنائية حيث يكون لتلك المحكمة اختصاص النظر في المسألة بموجب قانونها الإجرائي([22]).

ومن جانب اخر أيضًا لا يتأثر تطبيق الاتفاقية بطبيعة الأطراف، أي الأشخاص الاعتباريين أو الطبيعيين ((الخاصين أو العامين))، وكما هو مبين في المادة 2-4 فلا يستبعد الحكم من نطاق الاتفاقية لمجرد أن الدولة بما في ذلك حكومة أو وكالة حكومية أو أي شخص يعمل لصالح دولة - كانت طرفاً في الإجراءات في دولة المنشأ، بالإضافة الى ذلك لا يتأثر توصيف نوع الدعوى مدنية او تجارية بوجود حالات لحلول الغير أي نقل المطالبة من شخص لآخر كما لو انتقلت المطالبة أو تم التنازل بها من هيئة خاصة إلى الدولة بصفتها العامة([23]).

ومن خلال ما سبق تتبين لنا الرؤية بصدد تعيين من يعد من المسائل المدنية والتجارية، وعليه يخضع لحكم الاتفاقية، العمل على تحديد الحق المراد تنفيذه والاعتراف به كحق خاص بالسلطات العامة والشخص المخول الذي يقف وراءه، ام هو حق مقتصرا على الشخص العادي الغير متمثلاً بوصف الدولة طبيعياً كان أم معنويا.

وتقرر الاتفاقية الزامية أن تحدد محاكم الدولة متلقية طلب التنفيذ فيما إذا كان الحكم يشمل المسائل المدنية والتجارية، وعند تعين ذلك عليها -المحاكم- أن تأخذ في الاعتبار الاحتياج إلى اعطاء مفاهيم موحدة في تطبيق الاتفاقية، وأن يحظى تعريف "المسائل المدنية أو التجارية"، كحال المفاهيم القانونية الأخرى المستخدمة في الاتفاقية، بشكل مستقل أي بالإشارة إلى أهداف الاتفاقية وطابعها الدولي، وليس بالرجوع إلى القانون الوطني، ويدعم هذا المطلب تفسيرًا وتطبيقًا موحدًا للاتفاقية وقد اكدت المادة (20) على ذلك بالنص الاتي :((عند تفسير هذه الاتفاقية سيتم مراعاة طابعها الدولي، والحاجة إلى تشجيع التوحيد في تطبيقها)).

من جانبنا نرى في نص المادة ٢٠ غموضاً لا يليق باتفاقية تسعى لمشروع منذ سنوات لرغبتها أن تتلافى جميع العوارض التي تعرقل الحق المتأتي للفرد من وراء الحكم الأجنبي وما يضمره من كشف للحقيقية،

([22])Francisco Garcimartín Geneviève Saumier, Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Explanatory Report, The Hague Conference on Private International Law – HCCH Permanent Bureau, p.51.
Francisco Garcimartín Geneviève Saumier, op.cit, p 51[23]

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فهي تترك للمحكمة المعروض عليها أمر الاعتراف والتنفيذ مسؤولية تحديد ما إن كان مسألة ما تدخل في نطاق الاتفاقية أولا ، إذ حتى في عرض التقرير المفسر للاتفاقية ترى على المحكمة أخذ الأمور بروح منقحة توازي العرض الدولي بصفة عامة؛ كون هنالك من الموضوعات قد لا تكون معروفة لجميع التشريعات بنفس الآلية، مما قد يؤدي إلى حرمان شخص ما من حقه بالتنفيذ لمجرد رأي المحكمة – التي تنظر في الطلب -ان المسألة لا تخضع للوصف المدني والتجاري، فكان من الأفضل أن يعبر بالتفسير ليس فقط للطابع الدّولي والتوحيد في التطبيق، وانما المنظور الوطني للموضوعات غير المتوافقة عالمياً وتكون لدى الدولة مصدرة الحكم معروفة، فمن الممكن الاستعانة بالرجوع الى مضمون الموضوع لدى الحكمة المصدرة للحكم.

وعلاوة على ما سبق، لابد من تطبيق تفسير تلك المصطلحات بشكل متسق مع صكوك اللجنة الأخرى وبشكل اخص اتفاقية اختيار المحكمة لعام 2005، من جانب والسوابق القضائية من جهة أخرى، كما هو واضح في الترتيب الآتي:

الفقرة الأولى: التحديد في ظل الاتفاقيات والصكوك الدولية:-

إنَّ استخدام مصطلحي المدني والتجاري يلائم النظم القانونية التي ترى انهما قواعد منفصلة ومستقلة، أما في سياق الأنظمة التي تعد الأمور التجارية فرعا من المسائل المدنية، فاستعمال أحداهما لا يثير ضرراً، ولكن اتفاقية 2019 اتبعت في التعبير خطى اتفاقية اختيار المحكمة، من حيث عدد الاستثناءات على النطاق كما ورد في سياق المادة أعلاه، هدف ذلك تسهيل تطبيق الاتفاقية لدى تشريعات الدول التي لا تميز بين مواضيع القانون العام والخاص، ومن عوامل التمايز بين القانون العام والمسائل المدنية والتجارية هو ممارسة احد الاطراف سلطات حكومية وسيادية لا يتمتع بها الأشخاص العاديّين، من هنا يبدو من المهم الإحاطة بطبيعة العلاقة بين أطراف النزاع والأساس القانوني لرفع الدعوى أمام محكمة دولة المنشأ، فان كان الإجراء مستمداً من السلطات العامة بما في ذلك الصلاحيات أو الواجبات التنظيمية لا تنطبق عليه الاتفاقية، فعلى سبيل المثال لا تنطبق الاتفاقية على الأوامر الصادرة عن الحكومات أو الوكالات الحكومية مثل سلطات الصحة والسلامة أو المشرفين الماليين، والساعية إلى ضمان الامتثال أو منع عدم الامتثال للمتطلبات التنظيمية، وعلى النقيض من ذلك ، إذا لم يمارس أي من الطرفين السلطات العامة فتنطبق عليه الاتفاقية. كما عندما تتصرف وكالة حكومية نيابة عن أطراف خاصة مثل المستهلكين أو المستثمرين ولا تمارس سلطات حكومية أو سيادية([24]).

([24])Professors Francisco J. Garcimartín Alférez, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, 2018, p.7-8.

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ويعرف النطاق العام لاتفاقية لاهاي لعام 2019 الحكم المرتبط بالعلاقة بالمسائل المدنية والتجارية، وان الفهم العام لهما يحمل تفسيراً مستقلاً مستمداً من الاتفاقيات السابقة لمؤتمر لاهاي (HCCH)، وبهذا المجال قدم وفداً برازيلي للدورة الدبلوماسية الثانية عشر للمؤتمر اقتراحاً حول تفسيرهما محدداً بأنه يجب الاعتماد على المسائل التي لا تتناول بها الدولة سلطتها السيادية؛ إذ إن الحد الأول الذي عينته عبارة "المسائل المدنية أو التجارية" هو أن "المسائل الجنائية او الجزائية مستبعدة بشكلٍ بين من نطاقها، ولكن مجرد اشتراك الدولة في علاقة معينة لا يبعد المسألة من قواعد الاتفاقية، ويوجد حكم مباشر بشأن ذلك في المادة 2-4،مما تشير إلى أن الأمر مرتبط بموضوع الحكم وليس إلى الأطراف المشاركة في النزاع التي أكدها القرار الممنوح، ونتيجةً لذلك عندما تتصرف الدولة بأمر معين بصفتها شخصاً عادي كما هو الحال عندما تتعامل بشراء الورق أو الكهرباء لأغراض تشغيل مكاتبها، يمكن عرض الحكم الصادر على قواعد الاتفاقية، ما زالت لا تمارس الأطراف سلطتها العامة، فإن الاتفاقية تنطبق ويشمل البيان الصلاحيات التي تمارسها الكيانات ذات السيادة على طول العلاقات التي تحدد فيها تلك السلطات طبيعتها([25]).

نحبذ الرأي الذي ذهب إليه الوفد البرازيلي بجعل أن تكون من الدلائل جعل السلطة السيادية الفيصل في الفارق بمفهوم هل تعد المسألة من صميم القانون العام أم الخاص على مستوى تطبيق الاتفاقية العملي، إذ إن دور الدولة دؤوب وفعال بجميع الميادين والاشتراكات سواء على مستوى الواقع التجاري أو المدني، إلا أنها ليس في جميعها تستعمل سلطتها كشخص ذي تحكم، من جانب آخر أن مفهوم السلطة السيادية قد يبدو مرتكزاً لدى التشريعات بجانب من الفوقية في التعامل مع الأشخاص العاديين واتباع سبل شديدة القوة، مما يسهل وضوحه أن وجد وبالتالي أبعاده عن الاتفاقية.

ومن خلال المحاولات المتأتية لمؤتمر لاهاي بشان موضوعات الدولي الخاص وللوقوف على المقصد من فكرة المواضيع مدنية او تجارية، يمكن طرح الإضافة الآتية([26]):

ففي نطاق اتفاقية اختيار المحكمة، فالغرض من المسائل المدنية والتجارية هو لتميّزها عن القانون العام والجنائي؛ إذ يُلاحظ بالتقارير المُنشأة لتحديد المقصود بماهية المسائل المدنية والتجارية، أن الفيصل بالتحديد

---

[25])The Hague Convention of 2019 on Foreign Judgments: Operation and Refusals, 2022: https://www.intechopen.com/chapters/84890#

([26])NOTE ON ARTICLE 1(1) OF THE 2016 PRELIMINARY DRAFT CONVENTION AND THE TERM “CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS”, Preliminary Document No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, p.4-8.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يعتمد على مبدأ السيادة، فلو كانت تلك التصرفات والأفعال لا يمكن للمواطن العادي أن يقوم بها إنما الدور خاص للحكومة فهنا لا يعد من ضمن الأمور المدنية والتجارية، وإنما خاضعاً للأمور العامة والجنائية.

وفي اتفاقية تقديم الخدمات إلى الخارج والخاصة بالوثائق القضائية وغير القضائية في الأمور المدنية والتجارية لعام 1965 ،وفي اتفاقية أخذ الأدلة في الخارج في المسائل المدنية والتجارية لعام 1970، يستعمل مفردتي "المسائل المدنية أو التجارية" للتفريق بين مجال القانون "الخاص" والقانون "العام". لذا يستلزم ان يكمن تفسير باستمرار الاتفاقيتين بطريقة مستقلة وليبرالية وبشكل مستمر، علاوة على ذلك، عند تحديد ما إذا كانت المسألة "مدنية أو تجارية"، ينبغي أن يكون التركيز على الطبيعة الموضوعية لسبب الدعوى بدلاً من التركيز على الطرف الذي يقدم الطلب.

كما وتنص المادة 1 (1) من لائحة بروكسل الأول مكرر، على ما يلي:

"تنطبق هذه اللائحة في المسائل المدنية والتجارية مهما كانت طبيعة المحكمة أو هيئة التحكيم. لا يمتد، على وجه الخصوص، إلى الإيرادات أو الجمارك أو المسائل الإدارية."، ولم تحتوي النسخة الأصلية من المادة اعلاه سوى الإشارة إلى "المسائل المدنية والتجارية".فيما وقد تمت الاضافة لها بالاتي: ("لا تمتد، على وجه الخصوص، إلى الإيرادات أو الجمارك أو المسائل الإدارية.") بموجب اتفاقية الانضمام لعام 1978 التي دخلت حيز النفاذ بين الدول الأعضاء الأصلية في الجماعة كالدنمارك وأيرلندا والمملكة المتحدة، ويوضح التقرير التفسيري لاتفاقية الانضمام لعام 1978 الأساس المنطقي وراء الإضافة أعلاه، في النسخة الأصلية، حيث تم استخدام مفهوم "المسائل المدنية والتجارية" بدلاً من "القانون العام".

" للتمييز بين المسائل المدنية والتجارية من ناحية ومسائل القانون العام من ناحية أخرى تم الاعتراف به جيدا في النظم القانونية للدول الأعضاء الأصلية، وعلى الرغم من بعض الاختلافات الهامة، يتم التوصل إليها بشكل عام على أساس معايير مماثلة.

أما في ضوء نطاق صكوك الأونسيترال واليونيدرا ([27]).

أولاً: تنص المادة 1 (3) من اتفاقية الأونسيترال بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (‟CISG”) على أنه ‟لا يجوز أخذ جنسية الأطراف ولا الطابع المدني أو التجاري للأطراف أو العقد في الاعتبار عند تحديد تطبيق هذه الاتفاقية"([28]).

([27])Explanatory Report on the Convention on agency In the international sale of goods, by Mr Malcolm Evans, Deputy Secretary-General of UNIDROIT,p.4.

([28]) Paragraph 3 of Article 1 states United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods(Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ثانياً: أما في نطاق مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية لعام ٢٠١٠، تنص الديباجة على ما يلي:

((لا يهدف التقييد على العقود "التجارية" بأي حال من الأحوال إلى تبني التمييز التقليدي في بعض النظم القانونية بين الأطراف "المدنية" و "التجارية")).أو المعاملات، فالفكرة اذاً هي استبعاد ما يسمى بمعاملات المستهلك من نطاق المبادئ، فبذلك لا تعطي المبادئ أي تعريف محدد، ولكن الافتراض هو أنه لابد من استيعاب مفهوم العقود التجارية بأوسع معنى ممكن، اي لا يشمل فقط المعاملات التجارية لتوريد تبادل السلع أو الخدمات، وإنما أيضاً أنواعاً أخرى من المعاملات الاقتصادية، كاتفاقيات الاستثمار أو الامتياز وعقود الخدمات المهنية وما إلى ذلك([29]).

الملاحظ أن الصكين المتقدمين يسعيان لإبراز نقاط الخلاف في التفريق بين المسائل المدنية والتجارية؛ إذ إن القانون التجاري اليوم ذا صدى واسع وله وقفة الخاصة، والحقيقة أن إبراز المقايسة فيما بينهم امراً مستحسن.

الفقرة الثانية: التحديد في الرؤية القضائية:-

للتعمق بشكل أكثر لمفهوم المسائل المدنية والتجارية في الاطار الدولي، نستعرض الايضاحات التالية([30]):

ففي سياق رؤى محكمة العدل التابعة للاتحاد الاوروبي فأنها تناولت تلك المسائل بالعديد من السوابق القضائية، وارتكزت بذلك الى الافكار التالية:

١-إن المسائل المدنية والتجارية مفاهيم مستقلة إذ تفسر بشكل انفرادي، دون الاتكال على القانون الوطني.

٢-من أجل الإحاطة بتحديد ما إذا كانت الإجراءات تتعلق بالمسائل المدنية والتجارية، من المهم تعين العلاقة القانونية بين أطراف النزاع ودراسة الأساس والقواعد التفصيلية الحاكمة على الدعوى المرفوعة.

٣-إذا كان كلا الطرفين في الإجراءات من الأشخاص العاديين فستكون المسألة من حيث المبدأ ذات طبيعة مرتبطة بالقانون المدني أو التجاري، حتى لو كان للنزاع أصله المرتبط بفعل من أعمال الدولة.

---

character of the parties or of the contract is to be taken Into consideration In determining the application of thIs Convention).

([29]) PREAMBLE (PURPOSE OF THE PRINCIPLES):
Preamble – UNIDROIT https://share.google/SJUWzTT6A6rTYWG0a

([30])NOTE ON ARTICLE 1(1) OF THE 2016 PRELIMINARY DRAFT CONVENTION AND THE TERM "CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS", op.cit, p.8-9.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

٤-اعتماد مبدأ السلطوية عند أطراف النزاع بممارسة سلطتها العامة لكي يحدد عنصر الاستبعاد عن كون المسألة مدنية أو تجارية، وقد حددت المحكمة مجموعة ضوابط لتحديد السلطة العامة، كما هو الآتي:

أ-صلاحيات استثنائية بالمقارنة مع القواعد المطبقة على العلاقات بين الأشخاص الذين يحكمهم القانون الخاص.

ب- السلطات التي تتجاوز تلك الموجودة بموجب القواعد المطبقة على العلاقات بين الأفراد.

ج- السلطات التي تقع خارج نطاق القواعد القانونية العادية المطبقة على العلاقات بين الأفراد.

نلاحظ بعد الطرح المتقدم أن السعي من قبل اغلب المفسرين للاتفاقية سواءً من قبل من وضعها أو من قبل الجهة القضائية، محاولة إبراز نقاط مسائل القانون العام، دون الخوض بمحاولات وضع علامات أن الحكم مدني أو تجاري لمزايا خاصة بهما كما لو تم الفات النظر أن المسألة تجارية للغاية الاستثمارية وتحقيق الفوائد من العملية التي أدت إلى نزاع واستصدار حكم.

المطلب الثاني

النطاق الإقليمي للاتفاقية

تحدد الاتفاقية بالفقرة الثانية من المادة الأولى منها التطبيق الجغرافي أو الاقليمي؛ إذ تنطبق على الاعتراف بحكم صادر من محكمة دولة ما وتنفيذها بدولة أخرى، ويجب أن تكون دولة المنشأ أي (مصدرة الحكم)والدولة متلقية الحكم أي (المطلوب منها التنفيذ) أطرفاً في الاتفاقية، وأن لا يعترض أحدهما على إقامة علاقات بينهما، أي أن الحكم يشكل عامل تأثير بينهما([31]).

تطرح اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ مصطلح محكمة المنشأ وهي تتمثل بمحكمة الدولة المتعاقدة في الاتفاقية وتقوم بإصدار الحكم الأصلي، ومصطلح المحكمة المطلوبة وهي تتمثل بدولة المتعاقدة الأخرى التي يطلب منها تنفيذ الحكم الاجنبي والاعتراف به([32]) .

([31]) تنص المادة ٢٩ من اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩، على الآتي:
((١-هذه الاتفاقية ستنتج آثارها بين دولتين متعاقدتين إذا لم تقدم أي منهما على إخطار جهة الإيداع فيما يختص بالدولة الأخرى طبقًا للفقرة 2 أو فقرة 3. في حال عدم وجود مثل هذا الاعلان فإن الاتفاقية تنتج آثارها بين الدولتين المتعاقدتين عند اليوم الأول في الشهر التالي لانقضاء المهلة التي يجب أن يتم عمل فيه الإخطار٢. للدولة المتعاقدة أن تخطر جهة الإيداع خلل 12 شهراً من تاريخ الإخطار المشار إليه في المادة 32 (أ)، أن التصديق، والقبول، والموافقة أو الانضمام للمعاهدة لم يكن له أثر في عقد علقات دبلوماسية بين الدولتين طبقًا للمعاهدة.٣. للدولة أن تخطر جهة الإيداع عند إيداع الأداة طبقًا للمادة 24 (4) أن التصديق، والقبول، والموافقة أو الانضمام للمعاهدة لم يكن له أثر في عقد علقات دبلوماسية بين تلك الدولة ودولة متعاقدة أخرى٤. للدولة المتعاقدة أن تسحب الإخطار الذي قامت به طبقًا للفقرة 2 والفقرة 3. وهذا السحب سينتج أثره في اليوم الأول من الشهر التالي لانقضاء مهلة 3 أشهر عقب عمل إخطار السحب)).
([32]) Solomon Okorley, THE POSSIBLE IMPACT OF THE 2019 HAGUE CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ويعد تاريخ إقامة الإجراءات في دولة المنشأ هو الوقت المناسب الذي يجب أن تكون للاتفاقية فيه مفعولاً بين الدولة متلقية الطلب ودولة المنشأ، في- تلك اللحظة- حتى تطبق الاتفاقية على الحكم، وقد نصت على ذلك المادة (16) من الاتفاقية بالآتي :((هذه الاتفاقية ستنطبق على الاعتراف وتنفيذ الأحكام إذا دخلت الاتفاقية حيز النفاذ فيما بين دولة الحكم وقت رفع الدعوى أمام محاكمها ودولة التنفيذ))([33]).

وفي صدد تعّين مفهوم الإجراءات الزمنية التي يتم فيها، فان الاتفاقية تشير إلى الوقت الذي تم فيه إقامة الإجراءات إلا أنها لا تعرف هذا المفهوم، ومن الأفضل أن تعتمد بتأسيس الإجراءات على إكمال الإجراء الشكلي الأول، والذي يؤدي إلى بدء الإجراءات في دولة المنشأ، كما هو الحال بإيداع الوثيقة التي تنشئ الإجراءات لدى المحكمة، أو إذا كان لا بد من تقديم تلك الوثيقة قبل الإيداع، فإن استلام السلطة المسؤولة عن الخدمة بعد وقت إقامة الإجراءات ([34]).

إنَّ مُقايسة هذا الأمر من الناحية النظرية يعدُّ واضحاً ولا غبار عليه؛ اذ لا يزال مبدأ المعاملة بالمثل القديم عنصراً فاعلاً في التقاضي الدولي الخاص، بما تتصوره التشريعات ، إلّا أن الاطلاع عليه عملياً يُظهر عدم وجود الثقة والمصداقية بين الدول بعضها ببعض وبمحاكمها، إذ أن وجود الثقة الفعلية لا يجعل من الالزام – مثلًا - على الدولة المصدرة للحكم طرفاً في الاتفاقية ايضاً، إذ الاتفاقية تحتوي الضمانات الأصيلة لعدم تنفيذ أو الاعتراف بحكم صادراً لأسس لا تتقبلها معايير الدولة متلقية الطلب، ويبرز الافتقار إلى الثقة من خلال نظام الثنائية المعروض في المادة التاسعة والعشرين من الاتفاقية، إذ وفقها لكي تكون الاتفاقية ممكنة التطبيق يتعين على الدولة المتقابلة عدم إصدار إعلاناً سلبياً بأنها لا تحبذ الارتباط الفعلي مع دولة صادقت على الاتفاقية، وهو أمر يصعب حدوثه على الأغلب لأسباب دبلوماسية، كما وأن الغاية التي يأملها المفاوضون في مؤتمر لاهاي بطرح تلك الاعلانات هو الأمل بقلة اصداراها عمليا؛ إذ اغلب الدول سوف تتخذ موقف الصمت مما يؤدي الى ارتباط الكثير من الدول في الاتفاقية، كما وأن مسألة المُعاملة بالمثل مؤخرا قد أخذت منحى مغايراً مع إنشاء محاكم ببعض مناطق العالم تتمتع بصلاحيات جانب من المسائل المدنية والتجارية بتنظيم مشترك من قبل بلدان عدة بما يسمى بالمحاكم المشتركة، أما لتحل محل محاكمها الوطنية بموضوعات معينة أو لتكملة محاكمها الوطنية وهذا هو الحل في جميع انحاء العالم ،إلا أن أكثر

OR COMMERCIAL MATTERS ON THE GROUNDS OF INTERNATIONAL COMPETENCE IN GHANA, UCC Law Journal. Volume 2 Issue 1 June 2022, p.93.

[33])Professors Francisco J. Garcimartín Alférez, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, 2017, p.7

([34])Francisco Garcimartín Geneviève Saumier, Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Explanatory Report , op. cit, p. 54.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المحاكم تفاعلاً بهذا المعنى هي المقامة في الاتحاد الاوربي، ولا توجد أسباب نظرية تمنع أن يتم الاعتراف بأحكام صادرة من إحدى هذه المحاكم إن كان مستوفياً لتعريف المادة ٣(١) ب، إلّا أن المسألة تدخل في خضم نقاش حاد للمفاوضين بطرح الاتفاقية لاسيما أن الاتحاد الاوربي أراد اعتبار تلك المحاكم جزءًا من شبكات المحاكم القضائية للدولة المتعاقدة إلا أن الاتفاقية ما زالت بصمت تجاه هذا الأمر والتقرير المفسر للاتفاقية يقترح منحها تلك الصفة([35]).

نرى أن النقطة أعلاه من ايجابيات اتفاقية لاهاي لسببين، أولهما انها تجعل مبدأ المعاملة بالمثل قائم في أطر تفكيرنا على مبدأ حسن النية في تقبل التشريعات الدولية احداهما للآخر، إذ في الأصل مجرد أن تكون الدولتين المصدرة للحكم والمطلوب منها الاعتراف تمت المصادقة على الاتفاقية فهو كافيا للتنفيذ ولا يحتاج توثيقها بشيء آخر إلا أن ارتأت عدم الرغبة فلها تقديم اعتراضها، ثانيا غالبية التشريعات الدولية وبظل تطور العولمة والميل لأنشاء علاقات دولية هادفة مع البلدان الاخرى ، سوف تتقيد بتقديم هكذا اعتراضات إلا في ظل ظروف تتعارض مع الأسس العامة لدية؛ لأنها تصب في النهاية للمصلحة العامة فالعالم اليوم عبارة عن معترك واحد، واخير فهو يحقق بنتيجته الغاية التي يتوخاها الفرد باستحصال حقة بتنفيذ الحكم.

إنّ التوقيع على الاتفاقية والانضمام اليها متاح لجميع الدول، حتى وإن كانوا غير أعضاء في مؤتمر لاهاي([36])، ويعد الانفتاح غير المقيد يعكس عالمية الاتفاقية، ويرى البعض أن عواقب هذا الانفتاح سلبية؛ إذ تُعد عائقاً أمام الانضمام لدى جانب من الدول بغياب الثقة في النظم القانونية والقضائية للبلدان الاجنبية بعضها، مما سيكون سببا فعالاً لأحجام بعض البلدان عن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، إذ إن نجاح الاتفاقية يستند أيضا على الدول المتعاقدة او التي تفكر في التصديق او الانضمام([37]).

نلاحظ العكس فلكي تصل الاتفاقية للنجاح الذي حققته اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم، من عدد كبير من الدول المصادقة، سيؤدي هذا إلى عدم الخوف من ضياع حق الفرد بموجب الحكم الأجنبي، لو تمت المصادقة على الاتفاقية بشكل بالغ المستوى أي بعد ان تصبح المحاكم ملزمة بالتنفيذ.

([35])Catherine Kessedjian, Comment on the Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments In Civil or Commercial Matters, 2020,p.23-24.
([36])Article 24 of the Hague Convention on Judgments of 2019
([37])BONOMI, A., MARIOTTINI, C. M., A game changer in international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention, Yearbook of Private International Law, Volume XX - 2018 /2019, p.10.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وفيما سبق من تحديد إمكانية التنفيذ لأي حكم اجنبي فلابد أن يرتسم به معنى المدني والتجاري المقصود في الاتفاقية، وبتوافر المتطلبات الأخرى التي تقصدها الاتفاقية، وذلك بوجود قواعد الاختصاص العام غير المباشر وعدم ورود أحد أسباب الرفض الواردة فيها، إذ فهنا على الدولة المتعاقدة تنفيذ الحكم، ما دامت هي دولة متعاقدة ولم يرد منها اعلانات بالرفض للحكم حسبما ذكر في الاتفاقية.

الخاتمة

ينتج عما سبق من طرح بشأن موضوع حدود اتفاقية لاهاي للأحكام لعام ٢٠١٩، جملة النقاط الآتية:

النتائج:-

١-إن اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ قد انبثقت من احد مشاريع مؤتمر لاهاي لتوحيد موضوعات القانون الدولي الخاص، وقد مرّت الفكرة عبر مراحل انطلقت من عام ١٩٩٢ الى عام ٢٠١٩، بين عقد جلسات وطرح أفكار من قبل المهتمين في شأن توحيد الصف الدولي بآليات تنفيذ الحكم الأجنبي والاعتراف به؛ سعياً من القائمين لإنتاج صك عالمي في هذا الشأن، ولم تكن هي المحاولة الأولى، فقد أقدمت مسبقاً لأنشاء اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧١، التي لم تحظَ بالنجاح، والثانية اتفاقية اختيار المحكمة لعام ٢٠٠٥ التي تتضمن المسائل ذات الاختيار الحصري بين الاطراف.

٢-دخلت اتفاقية لاهاي لعام ٢٠١٩ حيز النفاذ في ١سبتمبر ٢٠٢٣ بمصادقة الاتحاد الاوروبي واوكرانيا عليها، وصادق فيما بعد أيضاً الاوروغواي والمملكة الاتحادية، ويجد ان العديد من البلدان قد وقع على الاتفاقية ولايزال في طور التصديق عليها؛ إذ إن هدف الاتفاقية البحث عن العالمية بالتطبيق العملي لمسائل تنفيذ الحكم الاجنبي والاعتراف به الخاص في الامور المدنية والتجارية، سعياً للوصول للعدالة وتسهيل الامور التجارية عن طريق الحد من مخاطر التقاضي الدولي وتكاليفه، فصك لاهاي ينافس اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ الخاصة في الاعتراف بقرارات التحكيم اذ وصل عدد المصادقين عليها ١٧٢دولة.

٣-يحدد نطاق عمل الاتفاقية للوهلة الأولى في المسائل المدنية والتجارية، الا أنها تستخرج جملة مسائل تحمل الوصف المدني والتجاري، مما جعل الأمر يعاني من انشغال المختصين في تحديد المعنى للمسائل المدنية والتجارية وجعل لها حد فاصل عن وصف القانون العام، وان الميزة التي استند لها التقرير التفسيري للاتفاقية هو الاتكال على نوع المطالبة دون النظر إلى نوع المحكمة القائمة على النزاع ولا على الأفراد إذ وجود الحكومة أو من يعمل لمصلحتها كطرف في المعاملة لا يؤدي الى وصف يؤدي للاستبعاد، وحيال

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ذلك من السوابق القضائية قد ركزت بوضع مفهوم السلطة والسيادة عامل رئيس لتميز القانون العام عن الخاص، وهو ما ذهب إليه جانب من العاملين على تطوير الاتفاقية.

٤-تقيد الاتفاقية القبول بالاعتراف في الحكم الأجنبي وتنفيذه بأن تكون الدولة المصدرة للحكم والمطلوب منها تنفيذه أطرافا في الاتفاقية، وأن تكون العلاقة بينهما قائمة؛ كون الاتفاقية لا تنشئ علاقات دبلوماسية بين أطرافاها، كما وحرصت الاتفاقية على إفساح المجال امام جميع البلدان بالانضمام.

المقترحات :

١-انطلاقاً من الهدف الذي جاءت به الاتفاقية في الحد من مخاطر التقاضي الدولي وتكاليفه، والرغبة بإنشاء صك عالمي يحقق حماية للفرد بنيل حقة الذي كشفه الحكم الأجنبي، نرى ضرورة توجيه دعوى من قبل أعضاء مؤتمر لاهاي والقائمين على فكرة الاتفاقية في الدول المتطورة، للدول الأخرى منها العالم العربي وطرح إشكاليتهم في هذا الجانب لإضافة تعديلات يتم السعي لها؛ سعياً من المؤتمر لتحقيق الدعم للاتفاقية والتشجيع بقبول التصديق عليها.

٢-لضمان نجاح صك عالمي فعال في إطار الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها؛ يتطلب أن يتم الانطلاق من نطاق الاتفاقية؛ إذ أن التحديد المبني بمنعطفات دقيقة سينعكس إيجابياً على التطبيق العملي وعلى رغبة البلدان في الانضمام لها، من هنا نرى من الأفضل في تحديد المسائل المدنية والتجارية أن يحيط بها وصف دقيق ليس اتكالاً على التفسير الدولي فقط، وانما مراعاة وصف تلك العلاقات لدى غالبية التشريعات، بترك مساحة للمحكمة متلقية طلب التنفيذ أن تسترجع في الأمور الغامضة لديها للدولة المصدرة.

المصادر والمراجع

- **الكتب :**

BONOMI, A., MARIOTTINI, C. M., A game changer In international litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention, Yearbook of Private International Law, Volume XX - 2018 /2019.

- **بحوث وتقارير :**

1-Arnt Nielsen, Peter, The Hague 2019 Judgments Convention From Failure to Success?, Journal of PrIvate International Law vol 16(2) , 2020.

2-Catherine Kessedjian, Comment on the Hague Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments In Civil or Commercial Matters, 2020,p.23-24 .

3-Eeva Pavy , LEGAL BASIS Treaty of Lisbon, fact sheets on the European union 2024.

4-Eva-Maria Poptcheva, Article 50 TEU: Withdrawal of a Member State from the EU, European Parliamentary Research Service, Briefing February 2016.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

5-Explanatory Report on the Convention on agency In the international sale of goods, by Mr Malcolm Evans, Deputy Secretary-General of UNIDROIT.

6-Francisco Garcimartín Geneviève Saumier, Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Explanatory Report, The Hague Conference on Private International Law – HCCH Permanent Bureau.

7-Hans van Loon, Towards a global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments In Civil or Commercial Matters, Article published by Nederlands Internationaal Privaatrecht, vol 1, 2020.

8-HCCH 2019 Judgments Convention Repository, preparation of the Conference on the HCCH 2019 Judgments Convention on 9/10 June 2023, University of Bonn / HCCH.

9-Marta Pertegás, THE 2019 HAGUE JUDGMENTS CONVENTION: THE ROAD AHEAD, REGIONAL PIL CONFERENCE, Asian Academy of International Law Limited, University of Antwerp and Maastricht University, 2020.

10-Michael Wilderspin and Lenka Vysoka, The 2019 Hague Judgments Convention through European lenses, Article published by Nederlands Internationaal Privaatrecht, Vol. 1, 2020.

11-NOTE ON ARTICLE 1(1) OF THE 2016 PRELIMINARY DRAFT CONVENTION AND THE TERM “CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS”, Preliminary Document No 4 of December 2016 for the attention of the Special Commission of February 2017 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments.

12-Ozlem Toplu Yilmaz, BREXIT OPTIONS FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC INTEGRATION STAGES, Published by PressAcademia , 2019.

13-Professors Francisco J. Garcimartín Alférez, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, 2018.

14-Professors Francisco J. Garcimartín Alférez, Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, 2017.

15-Ronald A. Brand, New Challenges In the Recognition and Enforcement of Judgments, Working Paper No. 2018-29.September 2018,University of Pittsburgh School of Law.

16-RUMENOV, I.,Implications of the new 2019 Hague Convention on recognition and enforcement of foreign judgments on the national legal systems of countries In South Eastern Europe, Vol 3 (2019): EU and Member States – Legal and Economic Issues.

17-Rumenov, Ilija, THE NEW2019 HAGUE CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS– BRIDGING THE GAP BETWEEN THE WEST AND THE EAST.

18-Scrutiny of International agreements: 2019 Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments In Civil or Commercial Matters, HOUSE OF LORDS International Agreements Committeee, 11th Report of Session 2023–24, Published by the Authority of the House of Lords, 8 May 2024.

19-Solomon Okorley, THE POSSIBLE IMPACT OF THE 2019 HAGUE CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS ON THE GROUNDS OF INTERNATIONAL COMPETENCE IN GHANA, UCC Law Journal. Volume 2 Issue 1 June 2022.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

20-SUN Jin* and WU Qiong, The Hague Judgments Convention and How We Negotiated It, Published by Oxford University Press, 2020.

21-SUN Jin* and WU Qiong, The Hague Judgments Convention and How We Negotiated It, Published by Oxford University Press, 2020.

22-Van bael & bellisThe 2019 Hague Judgments Convention to enter Into force In September 2023, 9 Nov 2022.

- أطروحة :

Ji, Recognition of Foreign Judgments With A Special Focus on Maritime Judgments, THESIS to obtain the degree of Doctor from the Erasmus University Rotterdam, 2022.

- مواقع إلكترونية :

1-PREAMBLE(PURPOSE OF THE PRINCIPLES):

Preamble – UNIDROIT https://share.google/SJUWzTT6A6rTYWG0a

2-The Hague Judgments Convention has entered Into force between EU Member States and Ukraine :

https://www.twobirds.com/en/insights/2023/global/the-hague-judgments-convention-has-entered-into-force-between-eu-member-states-and-ukraine

3-The Hague Convention of 2019 on Foreign Judgments: Operation and Refusals, 2022:

https://www.intechopen.com/chapters/84890#

- الاتفاقيات الدولية :

1-United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

2-Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

3- Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

دَوْرُ العُقُوبَاتِ القَانُونِيَّةِ فِي الحَدِّ مِنِ اسْتِغْلَالِ الشَّرِكَاتِ لِمَرْكَزِهَا المُهَيْمِنِ فِي السُّوقِ

- دِرَاسة مقَارِنَة-

The role of legal sanctions in limiting companies' exploitation of their dominant position in the market –A comparative study-

الباحث محمود حامد جاسم السلطاني*
جامعة بابل /كلية القانون

مشاور قانوني أقدم حسين عبد علي الحمداني *
دائرة صحة بابل

تاريخ الإرسال: 2025\9\29 تاريخ القبول: 2025\10\20 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

إن سعي الشركات إلى التنافس والسيطرة على السوق أمر طبيعي ومرغوب فيه متى ما كانت المنافسة ضمن الإطار الذي رسمه القانون، وقد تصل هذه الشركات إلى مركز قوي في السوق بحيث تحتل مركز السيطرة عليه وتصبح هي المتحكم الوحيد فيه، نتيجة لما قدمته من منتجات ذات نوعية جيدة أو تمتعها بالتطور الفني والتكنولوجي المتطورة والأسعار المناسبة، مما يجعل الزبائن يلتجئون إلى منتجات هذه الشركة دون غيرها من الشركات. ولكن في حالة استغلال الشركة لهذا المركز من خلال إجبار الزبائن على التعامل معها أو شراء منتجاتها دون غيرها وبالأسعار التي تضعها هذه الشركة فهذا أمر محظور ويمنعه القانون لذلك يجب التصدي والوقوف بوجه هذه الممارسات المحظورة، من خلال تطبيق العقوبات المالية والمدنية على الشركة المسيئة لمركزها المسيطر.

الكلمات المفتاحية: المركز المسيطر، السوق المعنية، الاستغلال، المنافسة، الإساءة.

Abstract

Companies seeking to complete and control the market are natural and desirable, as long as competition remains within the framework set by the law. These companies may reach a strong position in the market, gaining control and, at times, becoming the sole controller as a result of what

* Email : Mahmoodtab.22@gmail.com، طالب دكتوراه /قانون خاص
* Email : hussenabdali796@gmail.com

they have provided. Products of high quality, advanced technology, and appropriate pricing that make customers choose this company's products over competitors'. But if the company exploits this position by forcing customers to deal with it or buy its products exclusively at prices set by the company, this is prohibited by law. Therefore, these practices must be prohibited by law. Thus, these prohibited practices must be confronted and challenged.

Keywords: dominant center. Relevant market, exploitation, competition, Abuse..

مقدمة

ينطوي تعريف المركز المسيطر على أهمية كبيرة كمدخل أساس لبيان استغلال هذا المركز وخاصة إذا أخذنا بنظر الاعتبار أن المركز المسيطر للشركات التجارية غير محظور بحد ذاته وإنما يتركز الحظر على إساءة استغلال هذا المركز، حيث يجعل الشركة بصفة المتحكم في حركة السوق نتيجة لما تتمتع به من قوة اقتصادية أو فنية تجعلها قادرة على اتخاذ قرارات فردية وبناء استراتيجيتها التجارية داخل السوق المسيطر عليه دون أن تأخذ في اعتبارها ردود أفعال منافسيها مما يؤدي إلى إعاقة وتعطيل أي شركة منافسة تحاول الظهور، وأن مصطلح المركز المسيطر هو اصطلاح غير متفق عليه من قبل الفقه وقوانين المنافسة فبالنسبة للفقه الأمريكي يطلق عليه بالمركز الاحتكاري أو القوة الاحتكارية (monopoly power) والبعض من الفقه اطلق عليه الوضع المهيمن أما قوانين المنافسة فتعبر عنه بالسيطرة كقانون المنافسة المصري والعراقي والأردني ، ولا يمكن البحث عما إذا كانت شركة ما تمتلك مركزاً مسيطراً إلا بعد تحديد السوق المعنية التي من خلالها يتم قياس القوة الاحتكارية للشركة ، فتحديد وجود شركة معينة في مركز مسيطر يقتضي بالضرورة تحديد مفهوم السوق الذي يتم في إطاره قياس تلك السيطرة، حيث أن وجود السوق المعنية يتطلب وجود حدين الحد الأول يتعلق بالنطاق الجغرافي الذي يمارس فيه النشاط التجاري المتعلق بالمنتوج أو السلعة محل المنافسة وهذا ما يسمى بالسوق الجغرافي والحد الثاني يتعلق بنوع المنتوج أو السلع والخدمات محل المنافسة وهذا ما يسمى بالتحديد المادي للسوق أي السوق السلعي.

وعند توافر شروط إساءة استغلال المركز المسيطر للشركات التجارية في السوق المعنية أي توافر شروط أي صورة من صور الإساءة سواء كانت متعلقة بالتسعير أو التعامل، وعدم وجود استثناءات أو إعفاءات تجعل هذه الصور مشروعة قانونناً فعند ذلك تكون الإساءة قد تحققت من قبل الشركة صاحبة المركز المسيطر، وعند تحقق الاساءة لابد من وجود آثار قانونية تترتب على هذه الإساءة ، وإن أبرز الآثار المترتبة على الإساءة هي الجزاءات التي يمكن أن تترتب على الشركة المسيئة لمركزها المسيطر في السوق سواء كانت جزاءات مدنية أو جنائية ، أي أن المشرع في جميع القوانين لم يحظر أي تصرف دون أن يضع عقوبة أو جزاء يمكن توقيعه على مرتكبي هذه المخالفة ، وإلا من غير العقوبة والجزاء يصبح التنظيم

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التشريعي عديم الفائدة ، أي يكون لكل شخص طبيعي أو معنوي لحقه اعتداء على أحد حقوقه سواء حقوق شخصية أو عينية أن يلجأ إلى القضاء بطلب دفع الاعتداء عنه وتعويضه عما لحقه من اضرار وقد يتعدد المعتدون والمضرورون ، لذا يجوز لكل من وقع عليه ضرر منفردا أو مع زملائه رفع الدعوى لرد الاعتداء وتقدير التعويض وتقدم شكوى لتوقيع العقاب اذا ما كان الاعتداء معززاً بجزاء جنائي ، لذا فإن الجزاءات عند الاعتداء على الحق في المنافسة جزاءات مدنية نطاقها الدعوى وهدفها التعويض، وأخرى جنائية فحواها العقاب والردع والإصلاح، ولقد وضعت التشريعات المقارنة عقوبات جنائية كالحبس والسجن حيث تفرضان على من يكون مسؤول عن إدارة الشركة ، والغرامة والمصادرة وعقوبات مدنية كالتعويض والتدابير الاحترازية ولكون أن العقوبات الجزائية من اختصاص القوانين الجنائية فسوف نستبعدها من موضوع هذا البحث ونكتفي بالغرامة والمصادرة كونهما عقوبتان ماليتان وتُأثران على كيان الشركة.

أهمية البحث: إن نشوء التركزات الاقتصادية الكبرى بالإضافة الى تنمي ظاهرة العولمة واستخدام وسائل متعددة مما يجعل البعض من الشركات في مركز متحكم ومسيطر في السوق مما لفت نظر المشرع لوضع التشريعات التي تنظم هذه الظاهرة، وذلك من أجل تحقيق التوازن بين حرية التجارة والمنافسة من ناحية والرغبة في التفوق من ناحية أخرى، فضلاً عن أهمية التشريعات التي قد نظمت هذا الموضوع واتقانها في بعض المواضيع وعجزها في البعض الآخر، بالإضافة إلى دور السلطة التنفيذية المتمثلة بجهاز حماية المنافسة في رصد هذه الظاهرة وتعقب مرتكبها.

إشكالية البحث: تتمثل إشكالية الدراسة بإن إساءة استغلال المركز المسيطر يعد خرقاً لحرية التجارة والمنافسة المشروعة وبذلك لابد من إيجاد توازن بين نجاح الشركة وسعيها للوصول إلى مركز مسيطر في السوق لما تملكه من مهارات فنية وتكنولوجية وإنتاج جيد وعدم خرقها لحرية التجارة والمنافسة المشروعة.

منهجية البحث: إن المنهج المعتمد في هذا البحث هو المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص التشريعية لكل من قوانين مكافحة الاحتكار الأمريكية مثل قانون شيرمان الصادر عام ١٨٩٠، وقانون كلايتون الصادر عام ١٩١٤، وقانون لجنة التجارة الفدرالية ،والقوانين اللاحقة بهما ، و قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ واللائحة التنفيذية الخاصة بهذا القانون ،وقانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠.

خطة البحث: للوقوف على هذه الجزئيات التي تعد من ضمن الموضوع ارتأينا الى تقسيم البحث الى مطلبين:

المطلب الأول: العقوبات المالية المترتبة عن إساءة استغلال الشركة التجارية لمركزها المسيطر

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الثاني: العقوبات المدنية المترتبة عن إساءة استغلال الشركة التجارية لمركزها المسيطر.

المطلب الأول

العقوبات المالية المترتبة عن إساءة استغلال الشركة التجارية لمركزها المسيطر

لغرض فرض الجزاء المالي على الشركة المسيطرة لابد من إثبات لجوء الشركة لممارسات من شأنها القضاء على المنافسة، أي ترتكب أحد صور الإساءة التي تم ذكرها فيما سبق وأن تكون قد اعتمدت على قدرتها في ارتكاب هذه الصور أي قدرتها في التحكم والسيطرة على السوق ، مما يؤثر سلباً على الاقتصاد الوطني الذي قد يتعرض إلى الانهيار على المدى البعيد ، وهذا ما دفع المشرع إلى منح القاضي سُلطة توقيع عقوبة ماليّة (كالغرامة والمصادرة) أو الجمع بينهما وفقا لسلطة القاضي عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول لعقوبة الغرامة والثاني لعقوبة المصادرة وكما يلي:

الفرع الأول

الغرامة المالية

تعرف الغرامة المالية بأنها "**إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الدولة المبلغ المحكوم به المقدر في الحكم الجنائي وتعتبر من أهم العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي**" [1]، وتعد عقوبة مالية تتوافر فيها كل مقومات وخصائص العقوبة الجنائية باعتبار إنها ايلام مقصود ينال من الحقوق المالية للفرد المحكوم عليه بها ويترتب عليها كل الآثار الجنائية للعقوبة [2]. فهي لا توقع الا على من توافر في حقه ثبوت ارتكاب فعل إجرامي مستوجب للعقاب، كما ينبغي أن يصدر بها حكم قضائي بناءً على دعوى جنائية مرفوعة بالطرق المقررة قانوناً ويسري عليها ما يسري على العقوبات الجنائية من أسباب السقوط كالتقادم والعفو والوفاة، وطالما أن الغرامة عقوبة جنائية فإن تقديرها يراعى فيه جسامة الفعل المرتكب ودرجة الإثم أو المسؤولية وظروف الجاني الشخصية حتى تحقق غرض العقوبة في الزجر والردع وهي تختلف عن التعويض الذي يراعى فيه جبر الضرر الناشئ عن الفعل المرتكب ويخضع في أحكامه لما هو مقرر بالقانون المدني ، ولذلك يمكن الجمع بين الغرامة والتعويض في الحكم إذا ما ادعى المضرور من الجريمة مدنياً أمام المحكمة الجنائية ، كما أن العفو عن عقوبة الغرامة لا يسقط حق المضرور في التعويض [3].ولابد أن يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير الغرامة مدى جسامة الأفعال المنسوب لمرتكبي إساءة استغلال

---

(1) صمودي سليم ، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي ، دراسة مقارنة في التشريع الجزائري والفرنسي ، دار الهدى ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص٦٢ .

(2) د. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية ، دار الثقافة ، ٢٠١٠، ص٢٥٧ .

(3) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، دار الفكر العربي، ١٩٧٩، ص٦٦٣.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المركز المسيطر كجسامة الممارسة التي تشكل إساءة وقِدم وطول مُدة المُمارسة المُنافية للمنافسة ومبلغ الأرباح التي حققتها الشركة المُخالفة بسبب قيامها بتلك الإساءة والاضرار أو التكاليف التي يتحملها الاقتصاد الوطني من جراء تلك الإساءة وسوابق الشركة مرتكبة الإساءة فإذا كانت تمت ادانتها في دعاوى سابقة يعد دليل على علمها بعدم مشروعية تلك الإساءة كما يؤكد النية العمدية لها [4]. كذلك يُؤخذ بعين الاعتبار عند فرض الغرامة حجم الضرر الواقع على الاقتصاد الوطني ويتم تقدير هذا الضرر بوساطة دراسة تأثير الممارسات الضّارة بالمنافسة على الأسواق المعنية كأن تؤدي تلك الممارسات إلى منع دخول منافسين جدد للسوق أو التأثير على المنافسين الموجودين مما يضطروا إلى الانسحاب من العملية التنافسية[5]؛ لذلك وبغية حماية المنافسة والحد من الاحتكار وإساءة استغلال المركز المسيطر فقد منحت قوانين المنافسة والسلطات القائمة على تطبيق وتنفيذ هذه القوانين صلاحية فرض غرامات مالية على كل من تثبت إدانته بممارسات متعلقة بإساءة استغلال مركزه المسيطر، ففيما يخص التشريعات المقارنة نجد أن المشرع الأمريكي على رغم من أنه لم يفرد عقوبة خاصة بإساءة استغلال المركز المسيطر إلا أنه قد أشار في قانون شيرمان لعقوبة الغرامة لمعاقبة كل من يخالف أحكام هذا القانون سواء تعلق الأمر بإساءة استغلال المركز المسيطر أو أي محاولة من محاولات الاحتكار وتقييد المنافسة حيث أشار في المادة الثانية منه تغريم الشخص الطبيعي بمبلغ ٣٥٠٠٠٠ ثلاثمائة وخمسون ألف دولار وتغريم الشخص المعنوي بغرامة تصل إلى ١٠٠٠٠٠٠٠ عشرة ملايين دولار[6] ، الا أنه تم تعديل هذا القانون في ٢٢ يونيو ٢٠٠٤ لتصبح غرامة الشخص الطبيعي تصل ١٠٠٠٠٠٠ مليون دولار وغرامة الشخص المعنوي (الشركات) تصل إلى ١٠٠٠٠٠٠٠٠ مئة مليون دولار وقد تصل الغرامة إلى ما حصل عليه الجاني من كسب مرتين أو تكبده الآخرون من خسارة اذا كان أي من هذين المبلغين يزيد على ١٠٠٠٠٠٠٠٠ مئة مليون دولار[7].

أما المشرع المصري فقد أشار قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في المادة (٢٢) سالفة الذكر إلى أنه " **مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها أي قانون آخر يعاقب على كل مخالفة لأحكام المواد (٦ – ٧ – ٨) هذا القانون بغرامة لا تقل عن ثلاثين ألف جنيه ولا تتجاوز عشرة ملايين جنيه وللمحكمة بدلاً من الحكم بالمصادرة أن تقضي بغرامة بديلة تعادل قيمة المنتج محل النشاط المخالف** " ، ويتضح من هذا النص أن المشرع ألزم القاضي بحدين لإيقاع الغرامة ، حد أقصى وحد أدنى للعقوبة فلا

---

(4) لينا حسن ذكي، الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية لمواجهتها ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة حلوان ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٤، ص ٣٥٠ .
(5) د. معين فندي الشناق ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩
(6) د. عدنان باقي عبد اللطيف ، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ، دار الكتب القانونية ، مصر - الامارات ، ٢٠١٢ ، ص ٤٣٥ .
(7) للاطلاع على نص المادة الثانية من قانون شيرمان انظر هامش رقم 2 ص35.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يستطيع القاضي الحياد عنهما أو ينحيهما جانبا ليرتفع بالحد الأقصى للعقوبة أو ينخفض عن الحد الأدنى أو عدم الحكم بهما ، وبذلك قد منح القاضي مرونة كافية لإقرار العقوبة وفقا لما يتناسب مع حجم المخالفة وفي حدود هذين الحدين . وقد تم تعديل هذه المادة لاحقا ليصبح حد الغرامة الأدنى لا يقل عن ١٠٠٠٠٠ مئة الف جنيه ولا يتجاوز حدها الأقصى ٣٠٠٠٠٠٠٠٠ ثلاثمائة مليون جنيه وتضاعف هذه الغرامة عند العود[8].

ويرى البعض أن المشرع المصري لم ينص على إلزام الشركة المسيئة لمركزها المسيطر أن تتخذ الإجراءات الكفيلة لمحو الآثار الناتجة عن هذه الإساءة لما لها من تأثير سلبي على المنافسة وعدم الاكتفاء بالغرامة أو المصادرة أو الغرامة البديلة والدعوة لتعديل النص بإضافة العبارة التالية : (مع اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمحو آثار إساءة استخدام الوضع المسيطر) ، وهو ما يمكن أن يكون محل اعتبار لدى العديد من الشركات قبل الاقدام على ارتكاب الإساءة، لإدراك حجم المسؤوليات التي تقع على عاتقها لغرض الزامها بمحو الأضرار وآثارها من السوق وهو ما قد يشكل إرهاقاً مادياً قد يتخطى في كثير من الأحوال ما يمكن للشركة أن تجنيه خاصة وأن الغرامة قد تمثل في حد ذاتها جزء من الأرباح المتحصلة لتصبح جزء من تكاليف الإنتاج[9].

أما المُشرع العراقي فنجده قد سلك المسار نفسه الذي سار عليه المشرع المصري فيما يخص عقوبة الغرامة من حيث تحديد حداً أعلى وحداً أدنى عند فرضها ، ولم يميز بين الشخص الطبيعي والمعنوي كما فعل المشرع الأمريكي ، حيث أشار قانون المنافسة ومنع الاحتكار إلى أنه **" يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن(١) سنة ولا تزيد على (٣) ثلاث سنوات أو بغرامة لا تقل عن (١٠٠٠٠٠٠) مليون دينار ولا تزيد على (٣٠٠٠٠٠٠) ثلاثة ملايين دينار كل من خالف هذا القانون "**[10].

وبعد استعراض نصوص التشريعات المقارنة نوجز الملاحظات الآتية:

1. إن المشرع الأمريكي قد فرّق في فرض الغرامة بين الشخص الطبيعي والمعنوي على خلاف كل من التشريعين المصري والعراقي اللذان لم يفرقا بينهما .
2. إن كل من التشريعين المصري والعراقي قد جعلا الغرامة تتراوح بين حدين أعلى وأدنى وهو ما يمنح قدراً من المرونة في إيقاع الغرامة التي تتناسب مع جسامة الفعل المُرتكب عكس المشرع الأمريكي

---

[8] المادة ٢٢ المعدلة بالقانون رقم ١٩٠ لسنة ٢٠٠٨ بتعديل قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣لسنة ٢٠٠٥.

[9] د. تامر محمد صالح ، الحماية الجنائية للحق في المنافسة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢٠١٦ ، ص٣٩٦ .

[10] المادة ١٣ / أولا من قانون المنافسة ومنع الاحتكار رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ العراقي .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الذي جعلها ثابتة في حد معين ولا تتراوح بين حدين فقط فرقها فيما بين الشخص الطبيعي والمعنوي .

3. لا يجاري المشرع العراقي الاتجاه المشدد في الغرامة على خلاف كلاً من المشرع المصري والأمريكي اللذان اتجها إلى تشديد الغرامة ورفع حدودها .
4. لوحظ أن كلاً من المشرعين المصري والعراقي لم يضعا نصاً لتخفيف العقوبة للأشخاص والشركات المتعاونة أو المتورطة في إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة مثلما فعل المشرع الأمريكي عن طريق ما يعرف باسم (التساهل المشترك) الذي بمقتضاه يتم تخفيف العقوبات عن المؤسسات التي تقدم للسلطات المعنية معلومات عن الممارسات المقيدة للحرية التي قامت بها [11] الا أن المشرع العراقي قد أشار إلى حكم قريب من هذا المعنى من خلال منح مكافئه مالية للمخبرين والأشخاص الذين يقومون بالكشف عن الأفعال المخالفة لأحكام هذا القانون[12] إلا أنه اختلف عن المشرع الأمريكي من حيث أن الأخير حددها بتخفيف العقوبة للمتعاونين والمتورطين ، أما المشرع العراقي فحددها بمكافئة مالية ولأي شخص أو مخبر دون تحديد .

الفرع الثاني
المصادرة

المصادرة **"هي نزع ملكية مال من صاحبه جبراً بغير مقابل وإضافته إلى ملك الدولة ، وتعتبر المصادرة من العقوبات ذات الطبيعة العينية لأنها تنصب على مصادرة الشيء الذي استخدم أو كان موجهاً أو معداً لارتكاب الجريمة أو الشيء المتحصل عليه من الجريمة"** [13]. أي هي عقوبة مادية أو عينية من شأن الحكم بها أن ينتقل إلى جانب الدولة ملكية الأشياء التي تحصلت من الجريمة أو التي استعملت أو كان من شأنها أن تستعمل فيها ، ويترتب على ذلك أن المصادرة لا تختلط بعقوبة الغرامة وإن اتفقت العقوبتان في كونهما من العقوبات المالية فالمصادرة تتمثل في نقل ملكية شيء من المحكوم عليه إلى الدولة بينما تتمثل الغرامة في تحميل ذمة المحكوم عليه بدين لها [14].

---

(11) وقد بدأ هذا البرنامج من عام ١٩٧٨ وكان له أكبر الأثر في الحد من الكثير من قضايا مقاومة الاحتكار في بداياتها حيث دلت الاحصائيات إلى زيادة عدد طلبات التعاون الى أكثر من طلب في الشهر . انظر ، Belinda A. Barnett "Status report on international at cartels Enforcement Department of justice Nov, 30, 2000.. نقلا عن د. عمر محمد حماد ، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩، ص ٤٣٣

(12) المادة ١٣ / ثالثا من القانون نفسه .

(13) نبيه شفار ، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران ، ٢٠١٣ ، ص ١٣٨ – ١٣٩ .

(14) بودور رضوان ، الجزاء الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر كلية الحقوق فرع القانون الجنائي ، ٢٠٠٠ – ٢٠٠١ ، ص٤٦ .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ونجد أن قوانين المنافسة في التشريعات المقارنة لم تشر بشكل صريح إلى عقوبة المصادرة رغم أهميتها من وجهة نظرنا كوسيلة ردع قوية تتمثل بانتزاع الأشياء المادية التي وقعت بها الجريمة أو كانت وسيلة لارتكاب الجريمة جبرا على مالكها مما يهدد الشركة التي تسيء إلى مركزها المسيطر بانتزاع ممتلكاتها. فلم نجد ما يشر إلى المصادرة لا في التشريع الأمريكي ولا في التشريع العراقي وعلى ما يبدو أن هذه التشريعات قد اكتفت بما تنص عليه القواعد العامة التي تطبق على الجرائم العادية وبذلك يكون للقاضي سلطة في إيقاع هذه العقوبة حسب ما تنص علية قوانين العقوبات في الجرائم العادية . أما المشرع المصري فقد أشار إلى أنه " وللمحكمة بدلاً من الحكم بالمصادرة أن تقضي بغرامة بديلة تعادل قيمة المنتج محل النشاط المخالف [15].

ويتبين من ذلك أن المشرع المصري قد أقر عقوبة المصادرة اقراراً ضمنياً وهذا ما هو واضح من عبارة (بدلاً من الحكم بالمصادرة أن تقضي بغرامة بديلة) أي أن عقوبة المصادرة موجودة اصلاً وحسب القواعد العامة وبالإمكان استبدالها بالغرامة. وبذلك يكون أمر تقدير توقيع الغرامة البديلة تقديري للمحكمة وفقاً لكل حالة على حده ووفقاً لما يتضح من المستندات، وهو ما يصبح من الضروري على المحكمة تسبيبه بالحكم ليصبح جلي أن الغرامة التي فرضتها المحكمة هي غرامة أصلية وأخرى بديلة عن المصادرة والا شاب الحكم الغموض ، كما أنه لا يجوز الحكم بغرامتين عن المخالفة الواحدة مما يصبح معه الحكم جديرا بالطعن ، على أن تكون قيمة الغرامة البديلة معادلة لقيمة المنتج ، ومن ثم لا تملك المحكمة الحكم بالغرامة البديلة بقيمة تتخطى قيمة المنتج أو أقل منه وفقاً لتقرير الخبير. فلو جاء النص محررا من قيد معادلة القيمة فإنه جاز للمحكمة استعمال السلطة التقديرية لتقدير قيمة الغرامة البديلة كأن يتم تقديرها بنسبة معينة من قيمتها أو فرض غرامة تتخطى قيمتها [16].

المطلب الثاني

العقوبات المدنية المترتبة عن إساءة استغلال الشركة التجارية لمركزها المسيطر

إذا كان من حق الدولة التدخل لمعاقبة الشركة التي تسيء إلى مركزها المسيطر حماية للاقتصاد الوطني والشركات المنافسة في السوق ، بالمقابل يمكن لكل من تعرض للضرر اللجوء إلى المحكمة المختصة

---

[15] المادة ٢٢ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ .

[16] منى السيد عبد الشافي عمار ، إساءة استخدام الشركات التجارية للوضع المهيمن وفقا لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بحث منشور في المجلة القانونية ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق فرع الخرطوم ، المجلد ١٣ ، العدد ٧ ، اغسطس ، ٢٠٢٢ ، متاح على الرابط https://jlaw.journals.ekb.eg/article_256253_5c40238e565287ff5895d91adce247c4.pdf، ص١٨٠٤ – ١٨٠٥ .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

لإلزام الشركة المسيطرة بجبر هذا الضرر من خلال التعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية المدنية أو نصوص قوانين المنافسة واتخاذ التدابير الاحترازية لإعادة الأوضاع إلى حالها الطبيعي وإزالة الفعل الضار ، وأن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية هنا يكون مجرد عودة صحيحة لمجريات الأمور.

حيث كانت تلك القواعد التي يتم تطبيقها قبل ولادة التشريعات التي تحكم المنافسة [17].ولكن هذا لا يتحقق الا بإقامة دعوى يطلق عليها دعوى المنافسة غير المشروعة ، ولغرض معرفة تفاصيل هذه الجزاءات سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول لبيان دعوى المنافسة غير المشروعة وشروطها والثاني التعويض والتدابير الاحترازية كأثر من أثار إساءة استغلال المركز المسيطر للشركات التجارية في السوق المعنية.

الفرع الأول

دعوى المنافسة غير المشروعة

بما أن دعوى المنافسة غير المشروعة هي الوسيلة القانونية لحماية المتضررين من إساءة استغلال الشركة التجارية لمركزها المسيطر وحماية السوق بشكل عام عليه سنبين طبيعة هذه الدعوى وشروطها باعتبارها دعوى مدنية لا تقوم ما لم تتوفر شروط معينة لتحققها وكما يلي :

أولا : طبيعة دعوى المنافسة غير المشروعة

اختلف الفقه في تحديد طبيعة دعوى المنافسة غير المشروعة ، فالبعض اعتبرها دعوى من دعاوى المسؤولية التقصيرية حيث تعرف المسؤولية التقصيرية بأنها **" التزام شخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو الأتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحية في الحدود التي يرسمها القانون"** ، لذلك فالمسؤولية التقصيرية تنشأ عن كل إخلال بالتزام يفرضه القانون [18].وعلى هذا الأساس فالأفعال التي تعد ممارستها خارج عن الحدود التي يرسمها القانون تعد منافسة غير مشروعة تنشأ عنها دعوى أساسها المسؤولية التقصيرية [19].

---

(17) لينا حسن ذكي ، مصدر سابق ، ص٣٦٦ .
(18) د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول، ١٩٨٠ ، ص١٨٩ .
(19) د. احمد عبد الحسين كاظم الياسري وحسن ضعيف حمود المعموري، الحماية القانونية من المنافسة غير المشروعة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثانية= عشر، 2020 ، ص ٣٢٥ .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

عليه فمتى ما كانت الإساءة الناشئة عن الشركة المتمتعة بالمركز المسيطر ممارسة تنافسية خارج الحدود التي ترسمها قوانين المنافسة ولا يوجد شرط لاعتبارها إساءة مشروعة فإنها تعدُّ منافسة غير مشروعة .

والبعض اعتبرها دعوى أساسها مسؤولية عقدية حيث تتحقق المسؤولية العقدية كلما كان هناك اخلال بالتزام مصدره العقد فإذا أنشأ العقد التزاماً بذمة المتعاقد وأخلَ بتنفيذ هذا الالتزام نشأت مسؤوليته العقدية [20].

أي من الممكن أن تأخذ دعوى المنافسة غير المشروعة هذا الوصف والتكييف فيكون أساسها مسؤولية عقدية ، ذلك متى ما سلمنا أن التجار يجوز لهم تضمين عقودهم اتفاقات تنصُّ على الامتناع عن المنافسة ، وذلك لأنّه توجد إلى جانب الحماية القانونية للتجار من هذه المنافسة توجد الحماية الاتفاقية ، ومن أمثلتها الاتفاق مع بائع المحل التجاريّ على عدم ممارسة تجارة مماثلة تؤدي إلى منافسة المشتري أو اتفاق التوزيع الحصري (اتفاق الوكيل الحصري) والذي يقضي بالتزام المنتج أن لا يبيع الا لمشتري معين أو بالعكس [21] وهذا الحال ينطبق عن قيام الشركة المسيطرة بإبرام اتفاقات البيع المتضمنة بيع سلعة ضرورية مع اشتراطه على المشتري عدم البيع الا في حال شراء سلعة أخرى غير ضرورية ولا تدخل في احتياجات المشتري
(اتفاقات الربط) ، أو ابرام اتفاقات مختلفة والبيع بأسعار مختلفة على حسب المشترين كالتسعير التمييزي والبعض يرى أن دعوى المنافسة نوع خاص من دعاوى المسؤولية تختلف في بعض أحكامها اختلافاً ظاهراً عن تلك التي تخضع لها دعوى المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع ومع ذلك فإنها تخضع للقواعد التي تحكم هذه الدعوى الأخيرة في كل ما لا يتعارض مع الحق الذي تهدف إلى حمايته [22].

وبذلك فقد عرفت دعوى المنافسة غير المشروعة بأنها " **حق يمنحه القانون للمتضرر في مقايضة الآخرين من جراء حالات منافسة غير مشروعة يقوم بها البعض نتيجة لما يلحق به من اضرار مادية أو معنوية**" [23].

وبذلك فإن للمتضرر من أعمال المنافسة غير المشروعة أن يقيم دعوى ضد المنافس مرتكب الفعل المسيء للمنافسة وكل من اشترك معه ، فإذا صدرت أعمال المنافسة غير المشروعة من أحد الشركاء في شركة تضامن كان للمضرور رفع الدعوى عليهم جميعاً ومساءلتهم بالتضامن فيما بينهم ويمكن أن ترفع الدعوى

---

[20] د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق ، ص ١٦٤ .
[21] د .حافظ محمد ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ، الطبعة الأولى ، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع/ ، ص١٦٨ ، د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ١٧٠ ــ ١٧٢ .
[22] د . عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط١ ، ١٩٩٥ ، ص١٤٣ .
[23] د . جعفر مقبل الشلالي ، الوجيز في القانون التجاري اليمني ، دار جامعة عدن للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠ ، ص١٢٣ .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

على الشخص المعنوي ويتحمّل الشخص المعنوي المسؤولية المدنية التي تقع ويؤديها من ماله وكذلك يمكن أن ترفع على كل من اشترك في تنفيذ هذه الأعمال اذا كان سيء النية ، ولا يجوز أن ترفع دعوى المنافسة غير المشروعة من غير المضرور ونائبه [24].

ثانياً : شروط دعوى المنافسة غير المشروعة

يشترط لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة نفس شروط دعوى المسؤولية عن الفعل غير المشروع التي تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر [25]. ونوجز هذه الشروط بما يلي :

1 – **الخطأ :**

يعتبر شرط الخطأ من أهم شروط دعوى المنافسة غير المشروعة ويتحقق الخطأ بصدور أفعال تنطوي على مخالفة القوانين والعادات التجارية أو منافية للأمانة والشرف ، وهناك من عرفه بأنه **" اخلال قانوني مقترن بإدراك المخل لذلك الواجب "** [26] والخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة له معنى خاص يختلف عن معناه في دعوى المسؤولية عن الفعل غير المشروع ، حيث يتطلب أن تكون هناك منافسة بين شخصين وأن يرتكب أحدهما خطأ في هذه المنافسة ويتحقق الخطأ في فعل المنافس سواء حدث ذلك عن عمد أو عن مجرد إهمال وعدم تبصر ، أي سواء توفر لدى المنافس قصد الاضرار بالغير وسوء النية أو كان الخطأ غير عمدي مبعثه الإهمال بحقيقة المنافس [27].

وأن يكون الشخصين المتنافسين يزاولان تجارة من نوع خاص أو تجارتين متماثلتين ولا يشترط التماثل التام أو المطلق وإنما يكفي أن تكون هناك صلة أو ارتباط أو أن تعتمد كلتا التجارتين على الأخرى بحيث يكون هناك تأثير للفعل التنافسي غير المشروع على نشاط الجهة المُدعية وخاصة عنصر الزبائن ، ولا تقتصر دعوى المنافسة غير المشروعة على مخاصمة من يقوم بالفعل مباشرة بل ممكن أن تتم مخاصمة كل من يشترك بأي شكل من الأشكال بأفعال من شأنها أن تشكل منافسة غير مشروعة للجهة المُدعية شريطة أن يكون من يشارك بهذه الأفعال يعلم أو كان باستطاعته أن يعلم بعدم مشروعية هذه الأفعال [28].

---

[24] د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٦٣٧ .

[25] د . فواز عبد الرحمن علي ، الحماية القانونية للعلامة التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الازاريطة ، الإسكندرية ، ٢٠١١ ، ص٢٤٣ .

[26] د . فواز عبد الرحمن علي ، المصدر نفسه ، ص ٢٤٤ – ٢٤٥ .

[27] د . عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص٢٣٥ .

[28] د . زينة غانم عبد الجبار الصفار ، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية ، دراسة مقارنة، دار ومكتبة حامد ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص٢٣ ..

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أي أن ركن الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة يتحلل إلى عنصرين يتمثلان بوجود منافسة أولاً وأن تكون هذه المنافسة غير مشروعة ثانيا [29]. وللخطأ صور متعددة يترك تقديرها لقاضي الموضوع على رغم أن التعدي كعمل مادي يصدر من شخص يعد من مسائل الواقع إلا أن وصفه القانوني وفيما اذا كان مكوناً لركن الخطأ لأنه انحراف عن سلوك الشخص العادي يعد من مسائل القانون[30].

ويتحقق الخطأ بصدور فعل من الأفعال التي يحرمها القانون أو فعل يتنافى والأصول المتعارف عليها في البيئة التجارية [31].عليه فيتحقق الضرر في حال ارتكاب الشركة المسيطرة أي فعل من الأفعال التي نص القانون على تجريمها أو أي فعل لا يتفق مع الأصول التجارية.

٢ – الضرر

يشترط لرفع دعوى المنافسة توافر ركن الضرر، ويتمثل الضرر في مجال المنافسة غير المشروعة في الآثار الضارة التي تترتب من جراء أفعال المنافسة غير المشروعة [32]. والضرر الموجب للتعويض هو الضرر المحقق الوقوع أي الضرر الذي وقع فعلاً أو سيقع حتماً وهو ما يسمى بالضرر المستقبل ، أما الضرر الاحتمالي أي الضرر غير المحقق فهو ضرر يقع وقد لا يقع فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا اذا وقع فعلاً[33].ويجب أن يكون الضرر نتيجة لأعمال المنافسة غير المشروعة وقد خول القانون المنافس المتضرر رفع دعوى المنافسة غير المشروعة ولا يشترط لرفع دعوى المنافسة غير المشروعة أن يكون الضرر محققاً وإنما يكفي مجرد احتمال وقوع الضرر فتأمر المحكمة باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الضرر في المستقبل ، وهناك من يرى بوجوب التفرقة في دعوى المنافسة غير المشروعة بين الحكم بالتعويض والحكم بالجزاءات الأخرى التي تهدف إلى حمايته المنافسين من أعمال المنافسة غير المشروعة بالنسبة إلى المستقبل ، فلا يجوز الحكم بالتعويض إلا إذا ثبت تحقق الضرر فعلا ، أما الحكم بالجزاءات التكميلية كمصادرة المنتجات أو نشر الحكم في الصحف فيكفي فيه مجرد احتمال وقوع الضرر ولذلك يكون الضرر شرطا لطلب التعويض ولكنّه لا يلزم لتأسيس دعوى المنافسة غير المشروعة ، لذلك فإن القضاء لا يتشدد في طلب شرط الضرر بالنسبة لدعوى المنافسة غير المشروعة بنفس القدر الذي يتطلبه في دعوى المسؤولية التقصيرية وعلى هذا فإن معظم الأحكام لا تستلزم أن يكون الضرر حالا بل تكتفي بأن تكون

---

[29] د. محمد أنور حامد ، حماية المنافسة المشروعة في ضوء منع الاحتكار والاغراق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤١ – ٤٢ .
[30] د . سميحه القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مصدر سابق ، ص٦٣٥.
[31] د. احمد عبد الحسين كاظم الياسري وحسن ضعيف حمود المعموري، مصدر سابق، ص٣٢٧ .
[32] د . سميحه القليوبي ،الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، مصدر سابق ، ص٦٣٦
[33] د . باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص١٧٠ .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

مستقبلا [34].ومن الجدير بالذكر أن دعوى المنافسة غير المشروعة اذا كان أساسها مسؤولية تقصيرية فإن تعويض الضرر هنا يشمل الضرر المادي والأدبي (المعنوي) [35]. والضرر المادي هو ما يناله المضرور في أمواله أما الضرر الأدبي فهو ما يناله في سمعته واعتباره المالي [36].في حين نجد أن هناك من يرى أن تعويض الضرر يكون مادياً فقط، إذا كان أساس الدعوى هو المسؤولية العقدية [37].

3 – العلاقة السببية

ويقصد بالعلاقة السببية وجود علاقة بين فعل المنافسة غير المشروعة والضرر الذي أصاب المضرور، ويعتبر شرط العلاقة السببية مستقلاً عن شرط فعل المنافسة غير المشروعة وعن شرط الضرر فقد يلحق شخص بآخر ضرر بسبب فعل يعتبر منافسة مشروعة فالسببية قد تكون موجودة وفعل المنافسة غير المشروعة غير موجود ، وقد يوجد فعل المنافسة غير المشروعة ولا تكون هناك علاقة السببية كمن يرتكب فعل منافسة غير مشروعة وقبل أن ينتج عنه أثر يحدث حريق في محل المنافس الذي وقع عليه فعل المنافسة غير المشروعة فيغلق المحل بسبب احتراقه، وهنا يوجد فعل منافسة غير مشروعة وضرر وهو إغلاق المحل ولكن لا علاقة سببية بينهما ، أما إذا تمكن مرتكب فعل المنافسة غير المشروعة من إثبات أن الضرر الذي لحق بالمضرور نتيجة لسبب أجنبي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المضرور نفسه فإن ذلك يقطع العلاقة السببية بين فعل المنافسة غير المشروعة وبين الضرر ولا يلزم بتعويض الضرر[38].

لكن مسألة إثبات العلاقة السببية بين فعل المنافسة غير المشروعة والضرر قد تكون أكثر صعوبة في دعوى المنافسة غير المشروعة وخاصة بالنسبة للضرر المحتمل أو المستقبل [39] ، عليه ولغرض تحقق شروط إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة بالنسبة للشركة صاحبة المركز المسيطر لابد من إثبات وجود علاقة سببية بين إحدى صور إساءة استغلال المركز المسيطر للشركات التجارية والضرر الذي تعرض له المنافس أي أن تكون الشركة المسيطرة هي التي تسببت بهذا الضرر نتيجة لاستخدامها السيء لمركزها المسيطر في السوق.

---

[34] د . فواز عبد الرحمن علي ، مصدر سابق ، ص٢٤٧ .
[35] د . باسم محمد صالح ، المصدر نفسه ، ص١٧٠ .
[36] د . عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص٢٣٦ .
[37] د . عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير، مصدر سابق، ص١٦٧ .
[38] د . عماد حمد محمد الإبراهيم ، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والاسرار التجارية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، الطبعة الأولى، ٢٠١٦ ، ص٢٢٤ .
[39] زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الثاني

التعويض والإجراءات الاحترازية

إنّ الأهداف الأساسية من دعوى المنافسة غير المشروعة وحسب ما استقر عليه الفقه والقضاء تتكون من هدفين الأول هو جبر الضرر الحاصل نتيجة المنافسة غير المشروعة والمتمثلة بالتعويض عن الضرر الذي وقع فعلا والهدف الثاني هو هدف وقائي يتمثل في اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الضرر المحتمل الذي يُخشى وقوعه والذي لم يقع ولو لم يكن هناك ما يقطع بحصوله بالمستقبل ودون إلزام المدعي بإثبات الضرر . عليه سنقوم بتوضيح كلا منهما في فقرتين الأولى للتعويض والثانية للإجراءات الاحترازية لمنع تحقق إساءة استغلال المركز المسيطر.

أولا : التعويض

إذا تحققت أركان المسؤولية وتكاملت عناصرها وتأكد القضاء من وجودها يلزم المدعى عليه في دعوى المنافسة غير المشروعة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمدعي ، والتعويض المقصود هو التعويض الكامل الذي يهدف لمحو الضرر أو التخفيف من أثره بشكل أو بآخر فقد يلحق شخص بآخر ضرر بسبب فعل يعتبر بذاته منافسة مشروعة ، فالسببية وبالصيغة التي تكفل إعادة التوازن بين مصلحتي كل من محدث الضرر والمتضرر [40]. إلا أنه لم ينص أي من القوانين المدنية المقارنة على مقدار التعويض أو مداه ، ومن المعلوم أن الوظيفية الإصلاحية للتعويض ترمي إلى جبر الضرر مهما كانت درجة الخطأ ، الأمر الذي عنيت به التطورات التشريعية والفقهية والقضائية لإرساء دعائم اتجاه جديد نحو تقرير التعويض لكل مضرور من الانحراف في الأداء التنافسي بما يمكن القول معه إنه اعتداء على حقه في المنافسة وتأكيد حصول هذا المضرور على التعويض الذي يجبر ضرره بصفة فعلية [41]. ولم يرد تعريف للتعويض من الناحية الاصطلاحية إلا أن هناك من عرفه بأنه **" إصلاح الضرر الناشئ عن الجريمة إما بدفع مقابل مالي للضرر وإما برد الشيء إلى صاحب الحق فيه ، وإما بدفع ما تكبده من مصاريف بسبب رفع الدعوى المدنية للحصول على حقه "** كما أنه يعني ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية أي إنه اذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه . أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضاً عنه [42]. والأصل أن يكون التعويض بمقدار الضرر وإذا لم يتيسر للقاضي معرفة ذلك يحكم بمبلغ جزافي بحيث يكون كافياً لجبر الضرر وذلك لما له من سلطة تقديرية ، وله

---

[40] د . عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٢٨ ،د . عماد حمد محمد الإبراهيم ، مصدر سابق، ص٢٣٥.
[41] د . أحمد محمد محرز ، الحق في المنافسة المشروعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٣٤٤ – ٣٤٥ .
[42] مروه جزيري وميلود سلامي ، التعويض كأثر لدعوى المنافسة غير المشروعة في مجال حقوق الملكية الصناعية ، مجلة بحوث في القانون والتنمية ، المجلد ٢ ، العدد١ ، ٢٠٢٢ ، ص٤١ .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الاستعانة بأهل الخبرة وقد يأخذ التعويض شكل التعويض النقدي أو العيني كأن يمنع التاجر من الاستمرار في استثمار براءة الاختراع أو نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه في الصحف (43).

أما في حال إساءة استغلال الشركة التجارية لمركزها المسيطر وأضرت بأحد المنافسين فيقوم التعويض على أساس منح المضرور المقابل المادي الذي يساعده على جبر الضرر وتخطي كافة آثاره السلبية الناجمة عن اتباع الشركة لهذه السبل غير المشروعة في سبيل السيطرة على السوق على أن هذه الأضرار لا تصيب الشركات العاملة في السوق وحسب بل تلحق الضرر بالاقتصاد الوطني لذا لا تعد العقوبات الجزائية المقررة في القوانين المنظمة للمنافسة مانعة من توقيع عقوبات مدنية نصت عليها قوانين أخرى إذ يمكن تحريك دعوى المسؤولية المدنية اذا ما توافرت اركانها (44). إذ لا تعد العقوبة الجنائية المقررة وفق قوانين المنافسة أو أي عقوبة تنص عليها هذه القوانين هي السبيل الوحيد لمنع الممارسات الاحتكارية الضارة ، بل قد يشكل التعويض الذي يمنح للمضرور جراء هذه الممارسات وسيلة إضافية لمنع مثل هذه الممارسات أو مواصلة اقترافها إذ يمنح كل من يصيبه ضرر جراء أعمال الشركة المسيطرة المنافية للمنافسة اللجوء الى القواعد العامة في المسؤولية المدنية واللجوء إلى القضاء عند تحقق الشروط المطلوبة (45). أما عن كيفية تقدير التعويض فهو أمر متروك للمحكمة ويعد من المسائل الموضوعية حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية في حصر الضرر وجبره واختيار الطريقة الأفضل في التعويض ، أي أن المحكمة هي من تحدد طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً شهرياً ويمكن أن يكون التعويض نقدياً أو عينياً [46].

أما موقف التشريعات المقارنة بخصوص التعويض عن الأضرار الناتجة عن المنافسة غير المشروعة نجد أن المشرع الأمريكي قد أجاز في المادة الرابعة من قانون كلايتون لكل من أصابه ضرر في ماله أو أعماله نتيجة خرق أي قاعدة من قواعد المنافسة أن يرفع دعوى يطالب فيها بتعويض هذه الأضرار وقد أوجبت هذه المادة أن يكون التعويض ثلاثة اضعاف مبلغ الموازي للضرر الذي أصاب المتضرر وهذا النظام يسمى في أمريكا بنظام التعويض المضاعف ثلاث مرات(47).

---

(43) د. عماد حمد محمد الإبراهيم ، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والاسرار التجارية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ط١ ، ٢٠١٦ ، ص ٢٣٥ .

(44) جند بنت نبيل القدسي ، إساءة استعمال المشروع لمركزه المهيمن في السوق المعنية ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد ١٦ العدد ١ ، ٢٠١٩ ، ص٥٣ .

(45) منى السيد عبد الشافي عمار، مصدر سابق، ص ١٨٥ .

(46) ـ رفعت حمود ثجيل التميمي ، أحكام الضرر في المسؤولية العقدية المدنية وفقاً للقانون العراقي ، بحث منشور في مجلة القرار للبحوث العلمية المحكمة ، العدد ٨٠ ، المجلد ١ ، ٢٠٢٤ ، ص ٩٠٥ .

(47) **المادة الرابعة من قانون كلايتون**

Section 4. That any person who shall be injured in his business or property by reason of

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أما المشرع المصري فإنه قد يفهم من نص المادة (٢٠) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري إلى اللجوء الى دعوى المسؤولية المدنية حيث أشار إلى أنه " **على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد (٦ – ٧- ٨) من هذا القانون تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا . وذلك كله دون الإخلال بأحكام المسؤولية الناشئة عن هذه المخالفات** " ومن هذا النص يتبين أن المشرع المصري لم يشأ أن يجعل العقوبات المنصوص عليها في قانون المنافسة مانعة ، بل بالإمكان تحريك دعوى المسؤولية المدنية عن الممارسات المخلة بالمنافسة بما فيها إساءة استغلال المركز المسيطر متى توافرت شروطها .أما المشرع العراقي فأشار إلى التعويض بشكل صريح وواضح حيث بين أنه للمتضرر المطالبة بالتعويض لدى المحكمة المختصة إن كان له مقتضى [48].

ثانيا : التدابير الاحترازية لمنع استمرار إساءة استغلال المركز المسيطر

تتخذ بعض قوانين المنافسة إجراءات احترازية لإيقاف الشركة المسيطرة من الاستمرار بإساءة استغلال مركزها المسيطر لما لهذه الإساءة من آثار خطيرة على الاقتصاد الوطني وعلى المنافسين وعلى السوق بشكل عام ، وقد تتخذ هذه الأوامر والتدابير شكلا ايجابيا كالأمر بالقيام بتعديل السلوك غير القانوني وفق شروط معينة لإعادة التوازن التنافسي في السوق كما يمكن أن يتخذ الأمر شكلا سلبيا كالأمر بالامتناع عن سلوك معين [49].

فنجد أنه في التشريع الأمريكي قد منحت كلا من شعبة مكافحة الاحتكار في وزارة العدل ولجنة التجارة الفدرالية الأمريكية صلاحية اللجوء إلى المحاكم للحصول على الأوامر المؤقتة أو الأوامر الزجرية فعلى سبيل المثال إذا وجدت اللجنة المذكورة اسباباً تدعو إلى الاعتقاد باستخدام أية أساليب غير مشروعة فعليها أن تتخذ الإجراءات اللازمة ويكون ذلك عبر شكوى تتضمن اتهاما موجها إلى الشخص أو المؤسسة المخالفة ومطالبتها بالكف عن انتهاك القانون ، فإذا لم يتم الاستجابة لطلبات اللجنة أو تم تجاهلها فبإمكان الأخيرة أن تقدم طلبا إلى محكمة الاستئناف التي استخدمت ضمن اختصاصها المكاني الوسائل غير المشروعة أو التي يتواجد فيها موطن المشكو منه أو محل إقامته، من أجل الحصول على حكم قضائي ، لإرغام المشروع

---

anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

(48) المادة ١٣/ ثانيا من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ .

(49) د .معين فندي الشناق ، مصدر سابق ، ص٢٥٥ .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المخالف المشكو منه على تنفيذ الأمر الذي اصدرته اللجنة وتميز الإجراءات التي تقام أمام هذه المحاكم في مثل هذه القضايا لكونها تدخل ضمن الدعاوى المستعجلة [50].

أما المشرع المصري فنجده قد منح جهاز حماية المنافسة في المادة (٢٠) سلطة الأمر في حال مخالفة الأحكام الواردة بالمواد (٦- ٧ – ٨) المتعلقة بإساءة استغلال المركز المسيطر بتكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا أو خلال فترة يحددها مجلس إدارة الجهاز كما أن للجهاز إصدار قرار يوقف الممارسات المحضورة فورا أو بعد انقضاء الفترة الزمنية المشار إليها دون تعديل الأوضاع وإزالة المخالفة. وقد عُدّلت هذه المادة بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠١٤ حيث كانت صياغة هذه المادة قبل التعديل **" على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد (٦- ٧- ٨) من هذا القانون تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز والا وقع الاتفاق أو التعاقد المخالف للمادين (٦- ٧) من هذا القانون باطلا"** ، وقد أحسن المشرع بتعديل هذه المادة لتشمل جميع الاتفاقات الضارة بالمنافسة أي كان نوعها فلا مجال للتفرقة بين الاتفاقات المحظور ممارستها بشكل عام وفقا للمواد (٦-٧) والاتفاقات المحظورة قصراً على من تكون لهم السيطرة على السوق في المادة ٨ ، فجميع هذه الاتفاقات تتفق في علة الحظر وهي الاضرار بالمنافسة [51]. وبذلك يكون المشرع المصري قد تبنى التدابير العلاجية اللاحقة على إساءة استغلال الشركة لمركزها المسيطر أي إنه اشترط تحقق المخالفة ووقوعها بالفعل ومن ثم تبدأ السلطة بالتدخل لغرض وقف هذه الإساءة.

أما المشرع العراقي فلم نجد ما يشير إلى أية أوامر أو تدابير تمنع استمرار المخالف بالبقاء على الإساءة وهذا يعد نقصاً تشريعياً كان على المشرع العراقي تضمينها بنص خاص يتضمن تدابير معينة لوقف هذه الإساءة. إلا أنه عدم الإشارة إلى هذه التدابير في قانون حماية المنافسة لا يعني جعل المخالف من دون رادع وإنما باستطاعة المتضرر من هذا الفعل اللجوء إلى المحاكم المختصة وتقديم دعوى عادية أو بشكل مستعجل واستحصال قرار أو أمر ولائي مستعجل .

---

(1) Federal Trade Commission Act Incorporating U.S. SAFE WEB Act amendments of2006, p 4-5, Retrived January 4, 2018 Available at the link, https://www.ftc.gov/sites /default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf

تاريخ الزيارة 2024/8/5 الساعة 04:20م.

[51] فاطمة جلال عبدالله، الحماية المدنية من الممارسات الاحتكارية الضارة ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد التاسع، العدد1، مارس، 2023، ص٦٥٨ .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الخاتمة

توصلنا من خلال البحث في هذا الموضوع إلى العديد من النتائج والمقترحات وهي:

النتائج :

1- إن كلاً من التشريعين المصري والعراقي جعلا عقوبة الغرامة تتراوح بين حدين أعلى وأدنى ولم يفرقا عند فرض الغرامة بين الشخص الطبيعي والمعنوي ولم يضعا نصاً لتخفيف العقوبة على عكس المشرع الأمريكي الذي جعل العقوبة ثابته ولا تتراوح بين حدين أعلى وأدنى وفرق بين الشخص الطبيعي والمعنوي عند فرض هذه العقوبة ووضع نصاً لتخفيف هذه العقوبة.

2- إن جميع القوانين المقارنة (أمريكي – مصري – عراقي) لم تقر عقوبة المصادرة واكتفت بالقواعد العامة إلا أنه نلاحظ أن المشرع المصري قد أشار إليها بشكل ضمني عندما ذكر في المادة ٢٢ من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ عبارة (وللمحكمة بدلاً من الحكم بالمصادرة أن تقضي بغرامة بديلة تعادل قيمة المنتج محل النشاط المخالف) أي أن عقوبة المصادرة موجودة اصلاً وحسب القواعد العامة وبالإمكان استبدالها بالغرامة.

3- هناك تباين في التشريعات المقارنة بالنسبة لإقرار العقوبات المدنية ففيما يخص التعويض فقد أقره التشريعين الأمريكي والعراقي بشكل صريح لجبر الضرر الذي تعرض له المنافس ، أما المشرع المصري فلم يقره بشكل صريح وإنما يفهم ضمننا من نص المادة ٢٠ عندما أشارت الى أنه (على الجهاز عند ثبوت مخالفة أحد الأحكام الواردة بالمواد (٦- ٧- ٨) من هذا القانون تكليف المخالف بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا...... وذلك كله دون الاخلال بأحكام المسؤولية الناشئة عن هذه المخالفات) وانتهينا إلى عدم الحاجة للنص إلى حق اللجوء الى دعوى المسؤولية المدنية في قوانين المنافسة لأنه في حال خلو قانون خاص من نص يعالج مسألة معينة فإنه يتم اللجوء إلى القواعد العامة وبالتالي في حال خلو قوانين المنافسة من نص يسمح للمتضرر بالمطالبة بالتعويض فإنه لا يمنع من اللجوء الى قواعد المسؤولية التقصيرية التي نظمتها القوانين المدنية

4- فيما يخص الإجراءات الاحترازية فقد تباينت التشريعات بشأن إقرارها فالتشريع الأمريكي منح كلاً من شعبة مكافحة الاحتكار ولجنة التجارة الفدرالية صلاحية اللجوء إلى المحاكم للحصول على الأوامر الوقتية ، أما المشرع المصري فقد منح جهاز حماية المنافسة بتكليف المخالف

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بتعديل أوضاعه وإزالة المخالفة فورا أو خلال فترة زمنية يحددها مجلس إدارة الجهاز، أما المشرع العراقي فلم يشير إلى تدابير احترازية الا أن ذلك لا يمنع المتضرر من اللجوء الى المحاكم لاستحصال أوامر مؤقته وبصفة مستعجله .

5- اختلف الفقه في تحديد طبيعة دعوى المنافسة غير المشروعة فالبعض اعتبرها دعوى من دعاوى المسؤولية التقصيرية والبعض اعتبرها دعوى أساسها المسؤولية العقدية والبعض الآخر يرى أنها دعوى من نوع خاص من دعاوى المسؤولية تختلف عن دعوى المسؤولية المدنية.

المقترحات :

1- ندعو المشرع إلى تضمين قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة ٢٠١٠ نصاً خاصاً على إعفاء الشركة المتمتعة بالمركز المسيطر والمسيئة لهذا المركز أو المشتركين معها من العقوبة أو تخفيفها في حال ابلاغهم عن الجريمة الناتجة عن هذه الإساءة أو تقديم ما لديها من أدلة أو مستندات تؤدي إلى الكشف عن الجريمة .

2- نقترح تعديل نص المادة ١٣ / ثالثاً الخاص بمنح مكافئة مالية للمخبرين والأشخاص الذين يقومون بالكشف عن الأفعال المخالفة لأحكام القانون لتشمل وضع إجراءات حماية لهم عند أقدامهم لتقديم البلاغات بالإضافة إلى المكافئة المالية .

3- ندعو المشرع إلى التوسع في فرض العقوبات الجنائية والمدينة لتشمل مصادرة الأرباح المتحصلة من الشركة المسيطرة نتيجة إساءة استغلالها لمركزها المسيطر ونشر الحكم الصادر بحقها بالإضافة إلى العقوبات المقررة أصلاً .

4- ندعو المشرع إلى إقرار التدابير الاحترازية اللازمة لمنع استمرار الشركة بإساءة استغلال مركزها المسيطر بشكل صريح وتحديد الآليات والطرق اللازمة لمنع هذه الإساءة وإعطاء صلاحيات واسعة لمجلس شؤون المنافسة لإلزام الشركة المخالفة بإزالة المخالفة وتعديل أوضاعها بما يتماشى ونص القانون خلال فترة زمنية محددة وقبل الشروع في تحريك الدعوى.

المصادر و المراجع

- الكتب القانونية

1- د. أحمد محمد محرز ، الحق في المنافسة المشروعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
2- د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الأول ، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٨٧.
3- د. جعفر مقبل الشلالي ، الوجيز في القانون التجاري اليمني ، دار جامعة عدن للطباعة والنشر ، ٢٠٠٠.
4- د. حافظ محمد ابراهيم ، القانون التجاري العراقي ، الطبعة الأولى ، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع.
5- د. زينة غانم عبد الجبار الصفار ، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية ، دراسة مقارنة، دار ومكتبة حامد ، عمان ، ٢٠٠٢.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

6- د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥.
7- د. عبد المجيد الحكيم والأستاذ عبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول، ١٩٨٠.
8- د. عدنان باقي عبد اللطيف ، التنظيم القانوني للمنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية ، دار الكتب القانونية ، مصر - الامارات ، ٢٠١٢.
9- د. عزيز العكيلي ، القانون التجاري ، منشورات دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط١ ، ١٩٩٥.
10- د. عماد حمد محمد الإبراهيم ، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ط١ ، ٢٠١٦.
11- د. عماد حمد محمد الإبراهيم ، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، الطبعة الأولى، ٢٠١٦.
12- د. عمر محمد حماد ، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٩.
13- د. فواز عبد الرحمن علي ، الحماية القانونية للعلامة التجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الازاريطة ، الإسكندرية ، ٢٠١١.
14- د. مأمون محمد سلامة ، قانون العقوبات القسم العام ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩ .
15- د. محمد أنور حامد ، حماية المنافسة المشروعة في ضوء منع الاحتكار والاغراق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.
16- د. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقات الدولية ، دار الثقافة ، ٢٠١٠.
17- صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة في التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٦.

- **الرسائل والأطاريح**

1- بودور رضوان ، الجزاء الجنائي ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الجزائر كلية الحقوق فرع القانون الجنائي ، ٢٠٠٠ – ٢٠٠١.
2- لينا حسن ذكي ، لينا حسن ذكي الممارسات المقيدة للمنافسة والوسائل القانونية لمواجهتها ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة حلوان ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٤.
3- نبيه شفار ، الجرائم المتعلقة بالمنافسة في القانون الجزائري والقانون المقارن ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران ، ٢٠١٣.

- **البحوث المنشورة:**

1- د. أحمد عبد الحسين كاظم الياسري وحسن ضعيف حمود المعموري، الحماية القانونية من المنافسة غير المشروعة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة الثانية عشر، 2020.
2- د. تامر محمد صالح ، الحماية الجنائية للحق في المنافسة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢٠١٦.
3- جند بنت نبيل القدسي ، إساءة استعمال المشروع لمركزه المهيمن في السوق المعنية ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد ١٦ العدد ١ ، ٢٠١٩.
4- رفعت حمود ثجيل التميمي ، أحكام الضرر في المسؤولية العقدية المدنية وفقاً للقانون العراقي ، بحث منشور في مجلة القرار للبحوث العلمية المحكمة ، العدد ٨٠ ، المجلد ١ ، ٢٠٢٤.
5- فاطمة جلال عبدالله، الحماية المدنية من الممارسات الاحتكارية الضارة ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة مدينة السادات، مصر، المجلد التاسع، العدد1، مارس، 2023.
6- مروه جزيري وميلود سلامي ، التعويض كأثر لدعوى المنافسة غير المشروعة في مجال حقوق الملكية الصناعية ، مجلة بحوث في القانون والتنمية ، المجلد ٢ ، العدد١ ، ٢٠٢٢.
7- منى السيد عبد الشافي عمار ، إساءة استخدام الشركات التجارية للوضع المهيمن وفقا لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ بحث منشور في المجلة القانونية ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق فرع الخرطوم ، المجلد ١٣ ، العدد ٧ ، اغسطس ، ٢٠٢٢.

- **القوانين**

1-القوانين الامريكية

- قانون شيرمان الأمريكي الصادر سنة ١٨٩٠

- قانون كلايتون الأمريكي الصادر سنة ١٩١٤
- قانون لجنة التجارة الفدرالي الأمريكي الصادر سنة ١٩١٤

2– القوانين المصرية:

- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥
- اللائحة التنفيذية لقانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم ٣ لسنة ٢٠٠٥ الصادرة بموجب القرار ١٣١٦ لسنة ٢٠٠٥ .

3– القوانين العراقية:

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١
- قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ١٤ لسنة٢٠١٠.

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ذَاتِيَّةُ الاتِّفَاقِ عَلَى الإِثْبَات

Self-confirmation of agreement

أ.د عقيل سرحان محمد*
جامعة القادسية/ كلية القانون

أ.م.د حسين عبيد شعواط**
جامعة القادسية/ كلية القانون

الباحث احمد علي مهدي***
جامعة القادسية/ كلية القانون

تاريخ الإرسال:2025\06\24 تاريخ القبول: 2025\07\09 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

الاتفاق على الإثبات هو صورة من صور الاتفاقات الإجرائية التي تُبرم بين الأطراف لتنظيم وسائل أو طرق إثبات الحقوق والالتزامات في النزاعات القانونية, وهو لا يتعلق بإنشاء الحق أو إنهائه، بل يُعنى بتنظيم وسائل إثباته، سواء أكان بتوسيع وسائل الإثبات أو تقييدها أو تعديل ترتيبها, ويُعد هذا الاتفاق من التطبيقات المباشرة لمبدأ سلطان الإرادة في المسائل الإجرائية، وإن كان ذلك ضمن حدود لا تخل بالنظام العام أو مبدأ المساواة بين الخصوم, يشترط لصحة هذا الاتفاق أن تتوافر فيه الأركان العامة للعقد من أهلية ورضا ومحل وسبب مشروع, كما يُشترط ألّا يُخالف الاتفاق قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام، مثل القواعد المُتعلقة بوسائل الإثبات التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها, ويجب أن يكون محل الاتفاق واضحًا وغير مخالف لمبدأ المساواة أو العدالة. كما أن الإرادة يجب أن تكون خالية من عيوب الرضا كالإكراه أو الغبن الفاحش.

الكلمات الافتتاحية: الاتفاق، الاثبات، عناصر، شروط، صور.

Abstract

An agreement on proof is a procedural agreement concluded between the parties to regulate the means and methods of proving rights and obligations in legal disputes. It does not concern the creation or termination of a right; rather, it regulates the means of proof, whether by expanding, restricting, or modifying the order of those means. This agreement is a direct application of the principle of the sovereignty of the will in procedural matters, albeit within

* Email : aqwwlsarhaan0@gmail.com

** Email : Hussein.ali@qu.edu.iq

*** Email : Law23.mas14@qu.edu.iq

limits that do not violate public order or the principle of equality between adversaries. For this agreement to be valid, it must meet the general elements of a contract, including capacity, consent, subject matter, and legitimate cause. It is also required that the agreement not violate mandatory rules of public order, such as rules governing the means of proof, which the agreement may not contravene. The subject of the agreement must be clear and not violate the principles of equality or justice. Furthermore, the will must be free from defects of consent, such as coercion or gross injustice.

Keywords: Agreement, proof, elements, conditions, forms.

مقدمة

يُعد الإثبات ركنًا أساسيًا في الخصومة القضائية، إذ يُمكن للقاضي من خلاله الوصول إلى حقيقة الواقعة المدعى بها، سواء أكان ذلك في الدعاوى المدنية أو التجارية أو غيرها. ونظرًا لأهمية الإثبات، أتاح المشرع للأطراف قدراً من الحرية في تنظيم طرقه ومجالاته عبر ما يُعرف بالاتفاق على الإثبات.

وتتجلى أهمية الاتفاق على الإثبات في جوانب عدّة؛ فهو يُسهم في تبسيط الإجراءات القضائية، ويُخفف عبء الإثبات على الأطراف، ويُسرع من عملية الفصل في المنازعات، كما يعزز من استقرار المعاملات القانونية عبر ضبط مسألة الإثبات سلفًا.

أهمية البحث: يحظى موضوع البحث بالأهمية من جانبين أحدهما نظري والآخر عملي، فالجانب النظري ما يزال الجدل قائماً حول إمكانية الاتفاق على الإثبات، هناك من يعتبر طرق الإثبات من النظام العام، أم أنها ليست كذلك، والأخذ بالجواز يرتب نتاج مهمة وخطيرة، وهذا الخلاف لا يقتصر على الفقه، بل تجاوزه القضاء، وحتى القوانين التي أجازت الاتفاق لم توضح ذلك إلا في نطاق ضيق. أما في الجانب العملي فنجد أهمية الدراسة تسعى الى استعراض تلك طرق الإثبات ومدى إمكانية الاتفاق على دليل من أدلة الإثبات في ظل وجود دليل أقوى، ونحدد أي من طرق الإثبات يعتبر من النظام وأيا منها ليس كذلك. وأيضا تبرز أهمية الدراسة في القضاء على النزاعات والخلافات القائمة بينهم ويحد من اثرها مما يوفر على المحكمة والخصوم كثير من الوقت والجهد والنفقات والأعباء المتعددة، مما يخفف عن كاهل القضاء العادي الذي تكون أمامه الكثير من القضايا والدعاوى المختلفة، ما يساعد في نهاية الأمر على استقرار المعاملات وحياة الأفراد.

مشكلة البحث: تكمن مشكلة هذه الدراسة في الحد المسموح به قانوناً في اعطاء الأطراف الحق بالاتفاق على وسائل أو طرق الإثبات في ظل الحدود التي تفرضها القواعد القانونية الآمرة والنظام العام لضمان

تحقيق العدالة وحماية حقوق الأطراف، ودور القضاء في الرقابة على هذه الاتفاقات. كذلك ما قوة اتفاق الأفراد على تفضيل دليل إثبات على آخر بتقوية أحدهما يصطلح عليه بـ الترجيح الاتفاقي.

منهجية البحث: سنعتمد في هذه الدراسة على المنهج التحليلي من خلال تحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية وكذلك القرارات القضائية ذات الصلة بموضوع لغرض تقديم الاجابة عن أسئلة الدراسة، كذلك المنهج الاستقرائي في تتبع حالات الاتفاق كي نتوصل لقاعدة كلية تطبق على جميع أنواع اتفاقات الإثبات بهدف ارجاع الإثبات وطرقه إلى الأصل في تنظيمه كي يتم الفهم لمضمون هذه الاتفاقات.

هيكلية البحث: قسمنا هذا البحث على مطلبين، فالمطلب الأول سنتناول فيه شروط الاتفاق على الإثبات، وأما المطلب الثاني فسيخصص لدراسة صور الاتفاق على الإثبات وأخيراً الخاتمة توصلنا فيها إلى أهم النتائج والمقترحات التي ندعو المشرع العراقي الأخذ بها.

المطلب الاول
شروط الاتفاق على الاثبات

إنّ الاتفاق على الاثبات كسائر الاتفاقات لا بد من توافر شروط فيه حتى يخرج هذا الاتفاق إلى الحيز العملي سليم من العيوب والعوارض، فلا بد من أن يكون هناك اتفاق بين الخصوم على الدليل الواجب اتباع عند النزاع، ومدى امكانية الأفراد بالحق في الاتفاق، والادلة التي يحق لهم الاتفاق عليها ومدى انسجام اتفاقهم مع القواعد المنظمة لوسائل الاثبات.

ومن أجل ذلك قسمنا هذا المطلب على فرعين، فأما الفرع الأول سنتناول فيه الشروط العامة للاتفاق على الإثبات، وأما الفرع الثاني فيدرس الشروط الخاصة للاتفاق على الإثبات:

أولاً - الشروط العامة للاتفاق على الإثبات :

إنَّ وجود الاتفاق على الإثبات يحكمه شروط عدة لا يمكن أن يكون الاتفاق موجوداً من دونها فمن تلك الشروط ما لا يستطيع الاتفاق على الإثبات الظهور إلى الحيز العملي عند عدم الأخذ بها ومنها ما ينهي حياة ذلك الاتفاق وقد قسمنا هذا الفرع إلى قسمين تناولنا في القسم الأول منه الشروط المتعلقة بوجود الاتفاق وفي القسم الثاني تناولنا الشروط المتعلقة بأطراف الاتفاق.

1 - الشروط المتعلقة بوجود الاتفاق:

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

إن الاتفاق على الإثبات يقوم على نفس الشروط التي يجب أن تتوافر في أي اتفاق آخر حيث يجب أن يتوافر في هذا الاتفاق الشروط التي تتعلق بوجوده فقد يتفق أطراف على تحديد دليل معين خلال فترة النزاع أو قبل وقوع النزاع لإثبات التصرف القانوني أو انتهائه بدليل آخر غير الدليل الذي نص عليه في قانون الإثبات وهنا نبين وجود ذلك الاتفاق من ناحية مشروعيته , إن أول شرط وأهم شرط في الاتفاق على تحديد دليل من أدلة الإثبات هو وجود ذلك الاتفاق بين طرفين أو أكثر, ونعني بوجوده هنا هو وجود ذلك الاتفاق وفق الشروط التي بينها القانون سواء تعلقت تلك الشروط بأطراف الاتفاق أو بالاتفاق نفسه أو بوقت وجود ذلك الاتفاق أي وجود الاتفاق بخلقته السليمة من العيوب القانونية [1].

وحتى يكون لدينا اتفاق منتج لأثره كان لابد من توافر الشروط الموضوعية من رضا و محل وسبب وكان هذا الاتفاق يجب أن لا يخرج عن حدود التصرف بالحق الذي يقصد إثباته فلا يجوز أن يصل إلى حد زوال ذلك الحق كما لا يجوز الاخلال بالمبادئ الأساسية لقانون الإثبات وأن في الغالب فان هذا الاتفاق يرد على الإثبات بدليل معين وذلك بعقد يتم ابرامه بين طرفين لإثبات ما يتم بين الطرفين من تصرفات يكون إثباتها أيسر من ما يحدده قانون الإثبات ، فقد يتفق الطرفان على تحديد دليل يكون أيسر الإثبات به من الدليل الذي يحدده قانون الإثبات أو قد يكون على العكس من ذلك أي يتم الاتفاق على دليل أصعب ولكن في الغالب يتم الاتفاق على الدليل الأيسر للتيسير على الدائن [2].

كما أن الاتفاق على تحديد دليل من أدلة الإثبات وتحديد حجيته هو أحد صور الاتفاق على الاثبات وقد يرد هذا الاتفاق بشكل صريح في العقد المبرم لإثبات التعاملات المستقبلية فيكون مكتوب بالعقد نفسه أو كشرط مكتوب ولكن تثار الصعوبة عندما لا يكون مكتوب ويكون بتصرف قانوني غير محدد القيمة فيخضع للقواعد العامة في الإثبات وهي وجوب إثباته بالكتابة.

وقد يكون هذا الاتفاق بشكل ضمني وتستطيع المحكمة الكشف عنه من خلال اقدام المدعي على إثبات الدعوى بدليل غير الدليل الذي حدده القانون كالشهادة بدل من الدليل الكتابي وسكوت الطرف الآخر وعدم إبداء اعتراضه على ذلك.

ووفق القواعد العامة في صحة الاتفاقات لابد من تحقق الشروط من رضا ومحل وسبب لكن هذه الشروط وحدها لا تكفي لهذه الاتفاقات بل لا بد أن تتوافر شروط خاصة تكون بمثابة قيود وحدود لهذه الاتفاقات حتى توصف بالمشروعية، وهذا ما سوف نبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب:

---

(1) د اسماعيل غانم, النظرية العامة للالتزام, أحكام الالتزام و الإثبات, مكتبة عبدالله و هبه, القاهرة, دون سنة , ص44
(2) د عبد الباسط كريم , الموجز في قانون الاثبات , كتبة النور , الطبعة الثانية , سنه2000 , ص37.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

2- الشروط المتعلقة بأطراف الاتفاق:

إنّ الاتفاق لا يتم دون وجود تراض بين طرفيه ويوجد التراضي بوجود الإرادتين متوافقتين أو أكثر وحتى يكون الاتفاق صحيحاً كان لا بد من وجود تراضٍ خالٍ من عيوب الإرادة، حيث أن إرادة منعدم الأهلية لا يكون لها أثر، بل يجب أن تتجه تلك الإرادة إلى احداث أثراً قانونياً فلا وجود للإرادة من دون ان تتجه إلى احداث ذلك الأثر، وكذلك فان وجود التراضي لا يكفي بل يجب أن يكون صحيحاً وحتى نبين صحة التراضي يستلزم بيان أمرين أحدهما الأهلية وعيوب الرضا أي عيوب الإرادة.

1-الأهلية :

فهي أما ان تكون اهلية وجوب أو أهلية الأداء ونحن نبحث هنا أهلية الاداء فقد عرفت أهلية الأداء على أنها صلاحية الشخص للمباشرة العمل القانوني بشكل يعتد به شرعا، أي يرتب أثار قانونية ومناطها العقل والتميز. وهذه الإرادة قد يعرض عليها عارض يعيبها ويجعل منها في بعض الحالات كان لم تكن اي لا يكون لهذه الإرادة أثر قانوني وعيوب الإرادة أربعة الجنون والعته والغفلة والسفه وهي ترتبط بتمييز الإنسان مما يؤثر بالتالي على أهليته من حيث نقصانها أو انعدامها [3] .

أ- المجنون [4] : وهو من فقد عقله و انعدم تمييزه فلا يعتد بأقواله وأفعاله وهناك حالتين للجنون الأولى الجنون المطبق وهو الذي تكون جميع تصرفاته باطلة ومنها الاتفاق على الاثبات وأنما يتولى الولي أو القيم الاتفاق بدل عنه, والحالة الثانية هي الجنون غير المطبق فيعتد بالاتفاق عند الافاقة فقط وما يقع بغير ذلك لا يعتد به.

ب- المعتوه :- هو من ضعفت قواه العقلية فكان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير وهو في حكم الصغير المميز وهو أيضا محجور لذاته دون حاجة إلى صدور حكم من المحكمة بذلك [5] ،فاذا كان الاتفاق على الاثبات في صالح المعتوه أخذ به والا فلا يعتد بالاتفاق.

ج- السفيه: - هو الذي يبذر أمواله فيما لا مصلحة له فيه وعلى غير مقتضى العقل والشرع. ولابد صدور قرار ممن المحكمة بالحجر على السفيه والمحكمة تكون هي ولي السفيه أو لها أن تعين وصي فحكم اتفاق السفيه على الإثبات بدليل معين يأخذ حكم المعتوه كونهما بمركز الواحد وهو حكم الصغير المميز [6] .

---

[3] د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مكتبة السنهوري، بغداد، 75.
[4] ينظر: المادة 108 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
[5] ينظر: المادة 107 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
[6] ينظر: المادة 109 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

د- ذو الغفلة :- هو الذي لا يهتدي عادة إلى التصرفات الرابحة ولا يميزها عن التصرفات الخاسرة فيغبن بالمعاملات لسذاجته وسلامة نيته وهو كالسفيه يحتاج لصدور قرار من المحكمة للحجر عليه (7). نرى أن المعتوه لا يأخذ باتفاقه على الاثبات بدليل معين ولا يحق له مباشرة أي اتفاق على ادلة الإثبات.

وهناك حالات أخرى غير ما بيناه من عوارض الأهلية تسمى بموانع الأهلية.

حالات موانع الأهلية : هي ظروف تمنع الشخص من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه ولهذا يحدد القانون شخصاً يتولى القيام بهذه التصرفات نيابة عنه فهذه الظروف تحول بين هذا الشخص وبين ممارسة هذه التصرفات القانونية وموانع الأهلية ثلاثة (8) وهي:

أ- الغيبة: فالشخص الغائب أو المفقود لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية بنفسه لذا يتوجب أن تعين المحكمة قيما عليه لمباشرة هذه التصرفات والغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مكان فيه لمدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على غيابه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره أما المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته وتنتهي الغيبة بزوال سببها أو بموت المفقود أو بحكم من المحكمة المختصة باعتباره ميتا. فالاتفاق على تحديد أدلة الاثبات يكون من حق القيم الذي تعينه المحكمة وفق احكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته وتحت إشراف مديرية رعاية القاصرين (9).

ب- الحكم بعقوبة جنائية: - الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم من إدارة أمواله أو التصرف فيها وتعين المحكمة قيما على المحكوم يتولى إدارة أمواله وعند انتهاء مدة تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر ترد للمحكوم عليه أمواله. والأمر ذاته بالنسبة لشخص المحكوم بعقوبة جنائية سجن مؤبد أو مؤقت يكون حق الاتفاق على تحديد دليل الاثبات للقيم الذي تعينه محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية.

ج- العاهة المزدوجة: - إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ازدواج العاهتين التعبير عن إرادته هنا يجوز للمحكمة أن تنصب وصيا عليه ليباشر التصرفات نيابة عنه. وهذا الشخص هو كامل الأهلية والتمييز لكنه لا يستطيع التعبير عن إرادته فيشترط لكي تنصب المحكمة وصيا

---

(7) ينظر: المادة 110 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(8) د. عبد المجيد الحيكم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص122.

(9) د. عبد المجيد الحيكم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر، 73.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

عليه أن تجتمع في جسمه عاهتان من ثلاث وهي الصم والبكم والعمى والشرط الثاني هو أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته [10] . كذلك هذه الحالة تكون مهمة الاتفاق على دليل الاثبات للوصي الذي تم تنصيبه لتعبير عن إرادته.

2- المحل :

فيراد بالمحل هو " الأداء الذي يجب المدين أن يقوم به لصالح الدائن ، والمحل أما أن يكون نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل"، ويشترط في المحل ان يكون المحل موجوداً أو ممكناً ، وأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه مشروعاً [11] .

فمحل الاتفاق هو الدليل الذي تم الاتفاق عليه من قبل الطرفين الذي يجب تقديمه عند قيام النزاع أو اثناء نظر الدعوى، وأن يكون الدليل موجود او ممكن الوجود وقت نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة وأن يتم تعين دليل أو ادلة التي تم الاتفاق عليها كالشهاد والخبرة مثلاً، وألا يتم الاتفاق على مخالفة إجراءات المتبعة في المحكمة عند طلب الإثبات بدليل معين كون الإجراءات من النظام العام لا يجوز مخالفتها.

كذلك يجب أن يكون هذا الاتفاق مشروعا ونقصد بالمشروعية هنا عدم مخالفة الاتفاق على الاثبات للنظام العام الاجرائي او الموضوعي فمثلا لا يجوز الاتفاق على استبعاد دليل من أدلة الإثبات المتعلقة بالنظام العام، وأن الاتفاق على اتباع إجراءات معينة لم ينص عليها القانون عليها أو الاتفاق على تعديل تلك الإجراءات بعدم اتباع بعضها لغرض التخفيف أو تشديدها باتباع إجراءات اضافية لم يتناولها القانون كل ذلك يجعل من المحل غير مشروع كون الإجراءات من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو تعديلها.

3- السبب :

فيراد بالسبب الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول أليه من وراه التزامه ، وهذا التعريف يمكن تطبيقه على الاتفاق على الاثبات لتسهيل مهمة الإثبات على المتعاقدين وتخفيف من عبء العقود التي تعقدها الشركات والمصالح المحتكرة لبعض المرافق العامة كالشركات الماء والنور وسكك الحديد [12] ويعتبر أمر ثابت على كافة المتعاقدين.

---

[10] ينظر: المادة 104 من القانون المدني العراقي.

[11] د. عبد المجيد الحيكم واخرون، مصدر سابق، ص95. ينظر: المادة 128 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

[12] أحمد نشأت، رسالة الاثبات، مصدر سابق، ص170.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وقد يراد بالسبب الباعث الدافع إلى التعاقد وهو الغرض غير المباشر أو البعيد الذي جعل الملتزم يتعاقد وهذا يتغير بالنسبة لكل عقد ولكل متعاقد، وهنا يختلف الأمر فقد نجد سبب الاتفاق تقليل مصاريف المطلوبة في الدليل الكتابي وعدم ضياع الوقت وقد نجدة للابتعاد عن الشكلية المطلوبة قانونًا أذا كان ذلك لا يخالف النظام العام أو الآداب أو لزيادة الثقة في التعاملات [13].

ومن شروط السبب الوجود فان الاتفاق على الإثبات حتى يكون صحيحا لا بد من وجود السبب الذي دفع الاطراف إلى الاتفاق وكما بينا فان السبب يقصد به الغرض أو الدافع القانوني الذي يدفع الأطراف الى الاتفاق على الأثبات, وأن وجود السبب لا يكفي حتى يكون الاتفاق على الإثبات صحيح لا بل لابد أن يكون هذا السبب مشروع ونعني بمشروعية السبب هو عدم مخالفة السبب للنظام العام [14] .

ثانياً - الشروط الخاصة باتفاق على الإثبات

بعد أن بينا الشروط العامة للاتفاق التي تحكم كل الاتفاقات التي يجب أن يأخذ بها الاتفاق والشروط التي يجب أن تتوفر في أطراف الاتفاق ارتأينا أن نبين في هذا الفرع الشروط الخاصة بالاتفاق على الإثبات كونه نوع خاص من الاتفاقات وتحكمه شروط خاصة بالإضافة إلى الشروط العامة وهذه الشروط هي.

1- يجب ألا يكون هنالك تعارضاً بين اتفاقات الإثبات مع القواعد التي تبين طبيعتها أنها متعلقة بالنظام العام, حيث إن هذا هو شرط خاص بالاتفاق على الإثبات أي أن الاتفاق على الاثبات أن كان فيه مخالفة لقاعدة آمرة فان هذا الاتفاق يعد باطل ولا أثر قانوني له لان القواعد التي اعتبرها المشرع من النظام العام أراد منها حماية المصلحة العامة و حماية النظام العام ولذلك لم يعط المشرع للأفراد الاذن للاتفاق على مخالفتها كون في مخالفتها تقديم للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة وبالتالي يجب ان تلتزم تلك الاتفاقات بعدم مخالفة القواعد التي تعتبر من النظام العام كما في حجية المحرر الرسمي في تأريخه الثابت على الغير أو يكون الاتفاق على حقوق لا يملك أصحاب الشأن ان يتصرف فيها كالحالة المدنية والأهلية [15] .

2- إن هذه الاتفاقات يجب ان لا تؤدي إلى حرمان أحد الأطراف من حقه في الإثبات كون حق الإثبات هو من الحقوق الاساسية وهو حق مكفول قانونًا و دستوريًا, وهو من الحقوق التي كفلها الدستور [16] لجميع الأطراف في توفير الاجواء لمحاكمة عادلة ويمكن لأي طرف من أطراف النزاع ان

---

(13) أحمد نشأت، مصدر نفسة، ص169.
(14) د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٦١-٦٢ .
(15) د. احمد عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، مج ٢، ص ٨٥ ، د. حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص ٦١.
(16) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المادة 77 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يقدم ما لديه من أدلة والتي يرى انها مناسبة لأثبات حقه, شريطة ان لا تكون مخالفة للقوانين و الإجراءات القضائية وكما للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في نظر اذا كان الاتفاق على الاثبات فيه حرمان لأحد الأطراف من حقة في الإثبات وتكمن سلطتها التقديرية في رفض الاتفاق بشكل جزئي لتحقيق المساواة او بشكل كلي اذا تبين لها أن الاتفاق يخل بشكل كلي بحق أحد الأطراف في الإثبات وان للمحكمة ان تسلك طريقاً آخراً الا وهو جعل الطرف الأخر الحق في ان يستخدم وسائل الإثبات التي حرم منها من خلال الاتفاق عموما صراحة أو ضمنا فاذا تذمن الاتفاق حرمان احد الاطراف من حقه في الاثبات كان الاتفاق باطلاً [17] . وان من شروط وجود الاتفاق على الإثبات ان لا يصل إلى حد اهدار حق الدفاع اي لا يجب أن يذهب إلى حد حرمان احد طرفيه من حقه في الاثبات صراحة او ضمنًا ومن ثم فمن غير الممكن الاتفاق على تعديل وسائل اثبات كأن تكون وسيلة الاثبات مثلا هي الكتابة دائما, أو القرائن والبينة فقط, فالشخص يحتفظ بحقه في الاثبات مع تعديل أو تغير وسائل إثباته , وما الاتفاق الذي يتنازل فيه احد الطرفين في حقه بالإثبات بشكل صريح أو ضمني, فهو باطل ولا اثر له [18] .

وعليه لا يجوز حرمان أحد الأطراف من حقه في الأثبات, فهذا الحق قد ضمنه الدستور وتحمية سائر الدساتير والحق في الاثبات هو شرط اساس في وجود الاتفاق على الإثبات ,كونه من الأسس المهمة التي يستند عليها الإثبات [19], فالإثبات اذا كان واجب على المدعي , فهو في الوقت نفسه حق لهذا الخصم ان يثبت الواقعة القانونية والتصرف القانوني التي تعد مصدر للحق المدعى به, وتقديم جميع ما عنده من أدلة وليس للقاضي ان يحرمه من هذا الحق [20] .

3- إن هذه الاتفاق على الإثبات يجب أن لا يصل إلى حد لا يستطيع معه الخصم إثبات عكس الدليل الذي يعرضه خصمه حيث لا يجوز للاتفاق على الإثبات أن يصل إلى حد منع أحد الأطراف من دحض الادلة التي يتقدم بها خصمة لأثبات ما يتنازع عليه الخصوم كون هذا يعد نسف لمبدأ التوازن والذي يعني ان لكل طرف الحق في تقديم الأدلة و الرد عليها فلا يجوز لأي طرف ان يقيد الطرف الاخر في تقديم أدلة مضادة لما قدمه أو تقيد الطعن بالأدلة المقدمة وكذلك فان حرمان الطرف الآخر

---

(17) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق ، ص ٤٤ . د.محمد المرسي زهرة الحاسوب مصدر سابق، ص ١٥٧ و ١٥٨ .
(18) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري بند٣٢٦، ص ٤٩٨.
(19) الفقرة الثالثة و الرابعة من المادة 19من الدستور العراقي الحالي2005
(20) د. عباس العبودي ,شرح احكام قانون الاثبات المدني, مصدر سابق ,ص91.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

من تقديم الأدلة المضادة لما قدمه الطرف الاول أو منعه من تقديم الطعن بالأدلة المقدمة يعد نسف لمبدا العدالة وكما لا يجوز ان تكون الاتفاقات على الإثبات تنطوي على شروط تعسفية ومنها حرمان الطرف الآخر من مناقشة الدليل المقدم و دحضه بتقديم دليل آخر وان مثل هذه الاتفاقات تعد باطلة كونها تنطوي على شروط تعسفية بترجيح كفة طرف على حساب طرف اخر و تودي الى اخلال بحقوق الدفاع وكذلك فان للمحكمة السلطة واسعة في قبول او رفض الاتفاقات على الإثبات اذا تبين للمحكمة ان هذه الاتفاقات تخل بحق أحد الأطراف في إثبات وتكون سلطة المحكمة تارة الزام الأطراف بالاتفاق وتارة اخرى في حماية العدالة و ضمان حقوق الدفاع من خلال اعطاء الاطراف الحق في تقديم عكس الدليل او عدم تقيد طعنه حيث ان كل وسيلة او دليل يتقدم به أحد الأطراف قابل للدحض و التفنيد اذا كان هناك دليلاً يثبت خلافها كون هذا يعد من مبادئ الاثبات الرئيسية وهو مبدا المواجه بين الخصوم [21].

4- إن هذه الاتفاق على الاثبات لا يجوز له ان يحد من السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأدلة ونريد ان بين في هذا الشرط الخاص في الاتفاقات على الإثبات أن الاتفاق على تقيد سلطة المحكمة يعد باطل كون الجهة القضائية هي جهة محايدة تنظر إلى الأدلة بشكل موضوعي بناء على القانون والوقائع و هو أمر جوهري لتحقيق العدالة وبالتالي لا يمكن للأطراف ان يتدخلوا في سلطة المحكمة و فرض قيود عليها وان الاتفاقات التي تتدخل في سلطة المحكمة وتفرض عليها قيود فهي تنسف مبدأ الحياد القضائي وموضوعية الحكم كما لو اتفق الطرفات على ان النتائج التي يصل أليها الخبير تعتبر قطعية و ملزمة للقاضي ولا يقبل الطعن بها وبحجيتها المتفق عليها [22] وهناك شرط آخر الا وهو احترام خصوصية الدليل وقوته و تتضح خطورة هذا الشرط , إذا تبين للقاضي خلال نظر الدعوى ان الدليل الذي اضفى عليه الاتفاق حجية معينة لا تتوافر فيه شروط التي حددها القانون لهذه الحجية ,لذلك فه القاضي لم يطمئن لهذا الدليل ولم يقتنع به حسب ما يمليه علية ضميره , وعليه يجب ان تتوافر في الدليل الذي يتم الاتفاق علية الشروط القانونية .

5- ان لا يتضمن الاتفاق على شروط تعسفية تؤدي الى الحاق ضرر بالطرف المذعن في عقود الإذعان فغالبا ما يتم إبرام عقد بين مهني ومستهلك يحتوي شروطًا تتعلق بالإثبات تخل بالتوازن القائم بين التزامات أطراف وحقوقهم بالعقد. وبالتالي يجب إقصاء الشروط التعسفية أو إلغائها [23] . و يعتبر

---

(21) د. تامر محمد سليمان، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، منشأة المعارف، القاهرة، 2009، ص ٨٨.
(22) د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٣٩٨.
(23) المادة ١٣٢، من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٢١ ، لسنة ١٩٨٨ ، والمادة ١٤٩، من القانون المدني المصري رقم ١٣١ ، لسنة ١٩٤٩ ، والمادة ١٦٧ ،من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ ، لسنة ١٩٥١.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من الشروط التعسفية ان يشترط أحد الأطراف العقد أن يكون الدليل مما يتعارض مع مبدأ عدم جواز اصطناع الخصم دليلًا لمصلحته [24].

لذلك ان صحة الاتفاق على الاثبات تكون بالشروط التي يجب ان يتضمنها الاتفاق, فاذا تضمنت جميع الشروط كانت صحيحة ومشروعة وكان لها الاثر القانوني وكان واجب على القاضي الأخذ بها في اثبات ما يتنازع علية أطراف الاتفاق على الإثبات [25].

المطلب الثاني

صور الاتفاق على الإثبات

تحديد مضمون الاتفاق على الإثبات يتوقف على تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات ، ليس كل الأدلة يمكن الاتفاق عليها، فلا بد من تحديد نطاق المباح للخصوم في الاتفاق على الأدلة التي يمكن الاستناد عليها لأثبات الواقعة المتنازع فيها، وهذا الأمر يعتبر من مرتكزات الاتفاق على الإثبات، كون العلاقة بين الدليل والاتفاق عليه، يتضمن تحديد دليل من قبل الخصوم بالاتفاق عليه مما يقيد الافراد بالالتزام وعدم الحياد عنه إلى سواه، والقانون هنا يلزمهم باتباع ما تم تحديده من وسائل تفيد في إثبات تصرفاتهم [26]. ويمكن توضيح صور الاتفاق على الإثبات:

الصورة الاولى- الاتفاق على استبعاد دليل معين دون غيره:

سبق القول أن للطرفين حق الاتفاق على الإثبات بدليل معين، لكن سلطة الاتفاق على استبعاد دليل معين دون غيره من الأدلة، يتطلب التمييز بين الأدلة المتعلقة بالنظام العام والمرتبطة بسلطة القاضي في الإثبات، لا يمكن لأحد الخصوم ان يتفقوا على استبعاد دليل من تلك الأدلة وهي الاستجواب واليمين المتممة والقرائن القانونية والمعاينة والخبرة وهي أدلة لا تقبل الصلح [27].

لذا لا يجوز للطرفين الاتفاق على استبعاد دليل من ادلة النظام العام الأربعة حيث يعتبرهم المشرع من طرق الإثبات التي يمكن للقاضي الوصول إلى الحقيقة قدر الإمكان من خلال توسيع سلطة القاضي في البحث في مدى صحة الادعاءات المقدمة من قبل احد الخصوم، ثم يتبين أن الاستجواب لا يجوز للخصوم

---

(24) د. احمد عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، مج ٢، ص ٣١.

(25) قرار تمييزي رقم 276، ص/ 1964، مجلة القضاء ، العدد 22، مج1، ص76.

(26) C.L.DE Lyssac,le convention sur la prevue en matiere in (f)ormatique et dorit de la prevuek travaux de I.A. (F).D.I,ED DES PRAQUES, 1987,P.147.

(27) آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، بغداد، 1990، ص45.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684
المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

الاتفاق على أن لا يقوم القاضي بالاستجواب، حتى وأن طلب أحد الخصوم من القاضي استجواب خصمه الأخر، ووافق القاضي على ذلك، لان هذا الدليل يعد من النظام العام ويدخل في سلطة القاضي التقديرية التي منحها له القانون، متى ما وجد في الاستجواب ما سيوصله إلى الحقيقية [28].إما الأدلة غير المتعلقة بالنظام العام فيجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد دليل معين منها وهما الأدلة الكتابية وشهادة الشهود واليمين الحاسمة وبعض القرائن القانونية إذ تعتبر الأدلة التي يجوز فيها الاتفاق، لأن أحكام تلك الأدلة نظمت من قبل المشرع لحماية مصالح الخصوم، واغلب أحكامها يقبل فيها الاتفاق، لذا يجوز الاتفاق على استبعاد دليل معين مثال ذلك القرائن القانونية القاطعة غير المتعلقة بالنظام العام كالتقادم والحيازة في المنقول يجوز دحضها عن طريق الإقرار واليمين بمعنى يجوز الاتفاق على إثبات عكسها عن طريق الشهادة طالما غير متعلقة بالنظام العام [29].

الصورة الثانيةً- الاتفاق على دليل معين واستبعاد آخرون:

إن الاتفاق على الإثبات يخالف قواعد لإثبات المنظمة حيث تنقسم هذه القواعد إلى قسمين فالأولى تشمل قواعد موضوعية الخاصة بمحل الإثبات وعبئه وشروطه وآلية تحديدها وقبولها ومدى قوتها في الإثبات، والقسم الثاني يشمل قواعد إجرائية الخاصة بتنظيم الإجراءات الواجبة الاتباع عند الاستناد إلى الأدلة الخاصة بنزاع معين وهذه القواعد الإجرائية تتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها كونها تتعلق بالنظام التقاضي [30].

إما بالنسبة للقواعد الموضوعية فهي محل خلاف حيث لا يجوز قبول الاتفاق على استبعاد لأدلة المتعلقة بالنظام العام وابقاء واحد منها، كونها تتعلق بسلطة القاضي وهي من النظام العام لا يجوز على مخالفتها وغير ذلك يجوز الاتفاق على خلافها استناداً للمادة 77 من قانون الإثبات العراقي اي ما يتعلق بالأدلة غير المتعلقة بالنظام يجوز للخصوم الاتفاق على استبعاد كافة تلك الأدلة والابقاء على واحد منها حيث قرر محكمة التمييز في العراق في قرار جاء لها فيه " ليس لمحكمة الموضوع رفض سماع الشهادة من تلقاء نفسها بدون اعتراض من الطرف الآخر" [31]. وأيضًا قرار محكمة النقض المصرية الذي جاء فيه " بأن الدفع بعد جواز الإثبات بالبينة هو من الدفوع التي يجب ابداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى،

[28] د. صفاء مهدي محمد الطويل، التعديل الاتفاقي لطرق الإثبات ، ص22.
[29] ينظُر:- المادة 101 من قانون الاثبات العراقي التي نصت على أن " يجوز قبول الإقرار واليمين في نقض القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام".
[30] تامر محمد سليمان، مصدر سابق، ص 871.
[31] قرار محكمة التمييز في العراق المرقم 276، ص/ 1976، مجلة القضاء، العدد 22، مجلد 1، ص76.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فعدم تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يفيد النزول عنه، فلا يجوز أثارته لأول مرة أمام محكمة النقض" [32].

الصورة الثالثة ـ الاتفاق على استبعاد كل الأدلة:

سبق القول إن القواعد الإجرائية المتعلقة بالأثبات من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها، إما القواعد الموضوعية ومدى امكانية الخصوم في الاتفاق على استبعاد كل الادلة فهذا الامر محل الخلاف فهناك رأي يرى ان القواعد الموضوعية المتعلقة بالأثبات جميعها من النظام العام لا يجوز مخالفتها لذا لا يجوز استبعاد كافة الادلة المتعلقة بالنظام العام وغير المتعلقة به ويعتبر فيها مساس للمصلحة العامة [33]، ومستند بذلك انصار المذهب الاجتماعي يرون أن المشرع عند تنظيم طرق الإثبات يهدف الوصل إلى افضل الحلول لحسم النزاع ، وبذلك يمس التنظيم القضائي الذي يعد من النظام العام [34].

وهناك من يعطي للخصوم حق الاتفاق على استبعاد الأدلة كافة وهو المذهب الفردي حيث ذهب إلى اعتبار ان جميع قواعد الإثبات غير المتعلقة بالنظام العام ولا تمس سوى مصالح الإفراد الخاصة [35] ، بمعنى يمكن لطرفي الدعوى ان يتفقا على استبعاد كافة الدلة وفق هذا الاتجاه.

إما الاتجاه الوسطي، الذي ذهب إلى التوفيق بين الفريقين ويرى ان هناك قسم من هذه القواعد منعدمة الصلة بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهي القواعد التي تتضمن قيوداً على حرية الإثبات ولا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع، فضلاً عن أنها لا تتصل بسلة القاضي في الإثبات [36].

واستناداً لما تقدم من لآراء الفقهية حول جواز الاتفاق على استبعاد كافة الأدلة وعدم جواز ذلك وبين من أتخذ موقف وسط، نرى أن الاتفاق على استبعاد الأدلة كافة غير مقبولة من ناحية القانون والعقل والمنطق، فإذا كان المشرع قد قرر الحرية العقدية للأفراد في إبرام ما يشاؤون من التصرفات القانونية، وأن يضمونها الشروط التي يرتضونها وحرية التصرف فيما ينتج عن أثر الاتفاق من حقوق بعد ذلك،

---

(32) قرار محكمة النقض المصرية، في 12/26/ 1953، مج احكام النقض في 25 سنة/ س87 تحت اثبات، قاعدة 437.

(33) د. جلال العدوي، مبدئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، الإسكندرية، 1966، ص67.

(34) ويقول بيدان ويرو في المعنى " ان القضاء بعد إن كان في القديم ذا صبغة تعاقديه فيما بين الخصوم، أصبح الآن من شؤون الدولة، ومنذ أن راي المشرع أن يتدخل ليحد من تحكم القاضي، فقد رأى أن حين تنظيم القضاء يجب ان يعلو على المصالح الخاصة مهما كانت هذه المصالح مشروعة " ينظر بيداه وبرو 9فقره 1154، نقلاً د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص36.

(35) د. أحمد ابو الوفا، المستحدث في قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، ط1، 1968، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص289.

(36) د. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد التجارية والمدنية، بيروت، 2007، ص47.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فيكون من الطبيعي ان يتفقا على اختيار أو استبعاد الدليل الذي يرونه مناسباً لهم في لأثبات حقوقهم وجوداً أو انقضاءً او انتقالاً، طالما ما تم الاتفاق على استبعاد الدليل ليس له صلة وثيقة بالنظام العام من قواعد الاثبات، وبالتالي يكون اتفاق الخصوم على استبعاد الادلة المتعلقة بالنظام العام باطلاً كون هذه الأدلة تتعلق بالمصلحة العامة وتمس سلطة القاضي التقديرية.

الصورة الرابعة ـ الاتفاق على الأثبات بكل الأدلة:

يستطيع الاطراف الاتفاق على الاثبات بكل ادلة الاثبات وفق مبدأ حرية الاثبات حيث ان القانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979يسمح للأطراف على الاتفاق على الإثبات بكافة الأدلة اي الاثبات بما يرون من دليل مناسب لإثبات حقهم , ولكن هذه الحرية ليست مطلقة فهي مقيدة بعدة قيود , فهنالك حالات لا يمكن فيها استخدام جميع الأدلة وهناك حالات يحظر فيها استخدام أدلة معينة للأثبات ,ومن هذه القيود لا يمكن الأثبات بالشهادة اذا كان هناك سند كتابي , وهنا لا يمكن للأطراف تجاوز السند الكتابي والاتفاق على الإثبات بدليل اخر, حيث إن الاتفاق على الاثبات بجميع الأدلة هنا يكون باطل ولا قيمة قانونية له [37] ,وكذلك قيد القواعد الآمرة حيث لا يمكن مخالفة القواعد الآمرة وان اي مخالفة لها تقع باطلة , وان مثل هذه الاتفاقات توفر مرونة في حسم النزاع وسرعة في حل النزاعات ويساعد على تحقيق العدالة, وان الاتفاق على الإثبات بكل أدلة الإثبات لا يعني اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، فمن وقع عليه تقديم الدليل نتيجة وقوع عبء الإثبات عليه أي تصرف قانوني أن لا يكون قد اصطنع هذا الدليل ضد خصمه ، لأن الأصل ان يكون الدليل المقدم من قبل الخصم صادرًا من الخصم الآخر نفسه ليتمكن الاحتجاج عليه ، وعليه لا يجوز ان يكون الدليل مجرد سند صادر منه أو مذكراته التي دونها بنفسه [38] .

يتضح ان الاتفاق على كل الأدلة يجب ان لا يتخذ أحد الخصوم دليلاً من صنع نفسه ضد خصمه هذا الأمر لا يمكن قبوله ولا يسلب سلطة القاضي في رفض هذا الدليل أو تقيد أو قبوله بعد توافر شروط لمصلحة خصمه. وهذا ما نصت عليه المادة (28) من قانون الإثبات العراقي على ان "أولاً- لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء اكانت منتظمة أم غير منتظمة حجة لصاحبها. ثانياً- يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الاقرار المثبت فيها" [39].

---

(37) محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص281.
(38) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص93.
(39) ينظر: المواد 17و18 من قانون الاثبات المصري. وتقابلها المادة 1329 من القانون المدني الفرنسي.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

كذلك أن الاتفاق على كل الأدلة يجب ان لا يسلب واجب مواجهة الخصم بدليل ، استناداً لحق الخصوم في الدفاع، يتوجب فيها اعطاء الخصوم حق مباشرة اجراءات الاثبات في مواجهة بعضهم البعض، إذا يجب أن يحاط الخصوم علماً بأدلة خصمه، ليتمكن من مناقشتها والرد عليها وتنفيذها، وهو ما يمكن منه استجلاء الحقيقة واقامة العدالة، أي على كل خصم تمكين خصمه من الاطلاع على الأوراق والمستندات التي قدمها تأييداً في الدعوى [40].

يتضح ان الاتفاق على كل الأدلة ليس توكيل إلى القاضي مهمة جمع الأدلة، أو يستند إلى أي دليل تحراه بنفسه بعيداً عن الخصوم، بل أنه الأطراف قد قبلوا باي دليل يحسم النزاع فقد اتفقوا على الإثبات بكل الأدلة.

الخاتمة

بعد ان أنهينا دراسة البحث الموسوم بـــ **(ذاتية الاتفاق على الاثبات)** توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات ندعو المشرع العراقي الأخذ بها على النحو الآتي:

النتائج:

1- إن الاتفاق على هو التصرف القانوني بين أطراف النزاع يحددون فيه وسيلة أو طريقة معينة لإثبات واقعة محل نزاع امام المحكمة، ويتم في هذا الاتفاق اما قبل بدء النزاع أو اثناء سير الدعوى بهدف تحديد وسائل الإثبات المقبولة أو استبعاد وسائل معينة.

2- توصلنا إلى أن أساس الاتفاق على الأثبات الإرادة التي تتيح للأطراف حرية تحديد قواعد ووسائل الإثبات التي يرغبون في اعتمادها لحسم النزاع بينهم، أو يكون أساسه قانون الإثبات الذي يقسم القواعد إلى الادلة من النظام العام من غيره فيعطي الأطراف رخصة في الاتفاق على خلافها وتحديد الدليل المراد الإثبات به.

3- إن وجود الاتفاق على الاثبات يحكمه شروط عدة لا يمكن ان يكون الاتفاق موجود من دونها فمن تلك الشروط ما لا يستطيع الاتفاق على الإثبات الظهور إلى الحيز العملي عند عدم الأخذ بها ومنها ما ينهي حياة ذلك الاتفاق، ان هذه الاتفاقات يجب ان لا تؤدي إلى حرمان أحد الأطراف من حقه في الإثبات، لذا يجب ألا يكون هنالك تعارض بين اتفاقات الإثبات مع القواعد التي تبين طبيعتها

---

[40] د. احمد ابو الوفاء، التعليق على قانون الإثبات، الجزء الخامس، بلا دار ومكان وسنة طبع، ص439.

أنها متعلقة بالنظام العام, حيث ان هذا هو شرط خاص بالاتفاق على الإثبات اي أن الاتفاق على الإثبات ان كان فيه مخالفه لقاعدة آمرة فان هذا الاتفاق يعد باطل ولا أثر قانوني له لان القواعد التي اعتبرها المشرع من النظام العام اراد منها حماية المصلحة العامة و حماية النظام العام .

المقترحات:

1- نقترح على المشرع العراقي عدم اهمال ما يطرح عليه من الأدلة المتفق عليها ما بين الاطراف وخاصة إذا كانت تلك الأدلة الوحيدة في الدعوى المرفوعة امام المحكمة المختصة، وبشكل الآتي " لا يجوز للمحكمة أغفال الأدلة المتفق عليها أو استبعادها الا بقرار مسبب، يبين فيه تعارض الاتفاق مع قاعدة آمرة أو ثبوت بطلانه"

2- ندعو المشرع العراقي تعديل نص المادة (26) من قانون الإثبات العراقي بحيث يكون مضمونها الآتي " يجوز الاتفاق على منح صور السند العادي الحجية بالقدر الذي يجيزه القانون فيه بذلك" متى ما كان الاتفاق يزيد من حجية النص فيؤخذ به لغاية استثنائية فإذا مس حجية النص فيكون الاتفاق باطلاً.

3- اقترح تعديل النص القانوني المتعلق بالمعاينة بما يتلاءم مع موضوع البحث على الشكل الآتي: للمحكمة العدول عن تقرير المعاينة إذا ما استجد لديها من دليل باتفاق الاطراف يفوق ما جاء في التقرير من تسبيب لبناء الحكم، ويفوقه في القوة الملزمة".

المصادر والمراجع

- **الكتب القانونية:**

1- احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، دار النهضة العربية، 1968، القاهرة.

2- احمد عزيز جياد، دور القاضي في اثبات الدعوى المدنية، ط1/ موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2011.

3- أدم وهيب التداوي، شرح قانون البيئات والإجراء الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان - الأردن.

4- آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، بغداد، 1990.

5- أمين الخليلي بيديس، قوة الارادة، بيروت، دار الآفاق الجديدة، 2002.

6- د. توفيق فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1985.

7- مدحت المحمود – شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1996 وتطبيقاته العملية – ط1 – 2005.

8- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي لبنان,2009م.

9- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية.

10- عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية والالتزامات، ج1، دار الثقافة، عمان، 1997.

11- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.

12- فرج محمد علي، عب الاثبات ونقله، ط2، بلا نشر، الاسكندرية، 2009.

13- محمد على راتب قضاء الأمور المستعجلة، الطبعة الثانية، دون مكان وسنة نشر.

14- د. محمود السقا، أضواء على تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار النهضة العربية، 1991.

- **الرسائل والاطاريح الجامعية:-**

1- آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٧٦م.

2- بن شنات صالح، دور القاضي المدني في الإثبات، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة وهران 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2018.

3- حامد شاكر محمود الطائي استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقدي - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل وهي جزء من متطلبات ليل درجة الماجستير في القانون الخاص 2002 م.

4- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، الضرر الناشئ عن استخدام الحاسوب في نطاق المسؤولية التقصيرية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005

- **البحوث القانونية**

1- د. احمد سمير محمد ياسين، د. مروي عبد الجليل شنابة، مبدأ حسن النية في قانون المرافعات المدنية "دراسة تحليلية مقارنة"، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة، المجلد الثالث، العدد الثالث، ملحق 1، 2021.

2- حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات، بحث منشور في مجلة التقني، تصدر عن المعهد التقني، الأنبار، م26، ع6، 2013.

3- . د. عبد الله علي الخياري، عبء الاثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2005.

4- عبد الرحمن حسن الشهادة ودورها في الإثبات للدعوى المدنية، بحث ترقية مقدم إلى مجلس القضاء لإقليم كردستان: العراق، ٢٠١٠.

5- محمد نوري كاظم، هل يجبر الخصم على الحلف بكتاب أو مكان معينيين، بحث منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية، العدد الثامن.

- **القرارات القضائية:**

1- قرار محكمة التميز العراق المرقم 276/ صلحية /1964 في 5//1964، مجلة القضاء، العدد 22، المجلد الثالث، 6.

2- قرار محكمة التمييز في العراق المرقم 276، ص/ 1976، مجلة القضاء، العدد 22، مجلد1.

3- قرار محكمة التميز العراقية المرقم ١٧٥٨/١٩٦٧ في ١٦/٥/١٩٨٦، مجلة العلوم القانونية، بغداد، العدد الأول، ١٩٦٩م، ص ٢٨٧.

4- انظر قرارها رقم 2013 البيئة الاستئنافية عقار 2010 المؤرخ في 30/6/2010 منشور في النشرة القضائية. تصدر عن مجلس القضاء الأعلى في جمهورية العراق، العدد الأول، السنة الرابعة 2011.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

القوانين والتشريعات: -

1- دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

2- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 العدل لسنة 2016.

3- القانون المدني المصري رقم 31 لسنة 1948.

4- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

5- قانون الاجراءات الفرنسي رقم 1123 لسنة 1975.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

سَبَبُ الإِضَافَةِ إلى الذِّمَّةِ فِي نِطَاقِ التَّصَرُّفَاتِ القَانُونِيَّةِ
دِرَاسَةٌ تَحْلِيلِيَّةٌ مُقَارَنَةٌ

Ground for the addition to the Partimony within the scope of legal Acts

(Comparative analytical study)

م.د. احمد عبد السلام كاظم *
مشاور قانوني مساعد /المديرية العامة للتربية في ذي قار

تاريخ الإرسال: 2025\09\11 تاريخ القبول: 2025\10\28 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

تتمحور فكرة الإضافة إلى الذمة أنها لا تتم لذاتها وإنما تقع بقصد الوصول إلى غرض يمكن أن يكون بدوره وسيلة إلى غرض أخر, ولا يعتد القانون كقاعدة عامة ألا بالغرض المقصود مباشرة من الإضافة, فهو الذي يحدد الوصف القانوني للإضافة, أي القواعد القانونية التي تحكمها, هذا الغرض هو السبب المشروع, ويعبر عنه القانون الألماني بالسبب القانوني. ولا شك في أن سبب الإضافة إلى الذمة عند الالمان هو السبب في الإثراء بيد أن الإثراء فكرة أوسع من فكرة الإضافة إلى الذمة, ذلك أن الإثراء يقع على أية واقعة إرادية كانت أم غير إرادية مشروعة أم غير مشروعة, أي أن سبب الإضافة إلى الذمة هو السبب في الإثراء في الأحوال التي يقع فيها الإثراء بناءً على عمل أرادي مشروع صادر من المفتقر, وسبب الإضافة إلى الذمة هو ذو طبيعة شخصية ما دام مرتبطًا بالإرادة الخاصة بعده الغرض المباشر الذي تتجه أليه الإرادة, ولكن ليس أي غرض تتجه أليه الإرادة بل هو الغرض المباشر فقط الذي يقتصر في نهاية المطاف على أن يكون أحد أغراض ثلاث تتمثل ب(الوفاء والإدانة والتبرع), مع وجوب استبعاد البواعث التي تعد أغراضاً غير مباشرة, مما يدل أن لا فرق في الطبيعة بين سبب الإضافة إلى الذمة والسبب القصدي كونهما عنصر شخصي وهو الغرض الذي تتجه أليه الإرادة الخاصة, وبذلك فان أوسع نطاق لتطبيق فكرة السبب القصدي لا يتجاوز حدود التصرفات القانونية, أما سبب الإضافة إلى الذمة فنطاق تطبيقه يتفق مع السبب القصدي فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي تتضمن أضافة إلى الذمة كالبيع والوصية.

الكلمات المفتاحية: السبب, الاضافة إلى الذمة, التصرف القانوني.

Abstract

The idea of adding to the financial discourse statement is based on the fact that it does not occur for its own sake, but rather occurs with the intention of achieving a goal that could in turn be a means to another goal. The law does not take into account, as a general rule, anything other than the purpose directly intended by the addition. It is this purpose that determines the legal

---

* Email : Alzhyrya005@gmail.com

description of the addition, i.e. the legal rules that govern it. This purpose is the legitimate reason, and is expressed in German law as the legal reason. There is no doubt that the reason for adding to the financial discourse statement among the Germans is the reason for enrichment. But enrichment is a broader concept than the concept of adding to the financial discourse statement, because enrichment occurs in any event, whether voluntary or involuntary, legitimate or illegitimate. That is, the reason for adding to the financial discourse statement is the reason for enrichment in cases where enrichment occurs based on a legitimate, licit volitional act by the lacking person. The reason for adding to the financial discourse statement has a personal nature as long as it is linked to the private will in consideration of the direct purpose towards which the will is directed. But not any purpose that the will is directed towards, but rather the direct purpose only, which is ultimately limited to being one of three purposes, which are (Paying off debt, condemnation, and donating). With the necessity of excluding motives that are considered indirect purposes. Which indicates that there is no difference in terms of nature between the reason for adding to the financial discourse statement and the intentional reason, as they are both a personal element and the purpose towards which the private will is directed. Thus, the broadest scope of application of the idea of intentional cause does not exceed the limits of legal actions. As for the cause of addition to the financial discourse statement, the scope of its application is consistent with the intentional cause with regard to legal actions that include addition to the financial discourse statement, such as sale and commandment

Keywords: Cause, Attribution to the Legal Patrimony, Juridical Act.

مقدمة

الحمد لله ولي المؤمنين والصلاة والسلام على النبي الصادق الامين، سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين. وبعد:

تثير مسألة استقرار التصرف القانوني مسألتين غاية في الأهمية, تتمثل المسألة الأولى بالشكلية, وهدف المشرع من اشتراط الشكلية في بعض التصرفات القانونية هو جعلها بمثابة الوسيلة المؤدية لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع, ويتضح ذلك في أنه يعدها وسيلة لتحقيق استقرار التصرفات وتحقيق العدالة, أي أن اشتراط الشكلية يؤدي من حيث النتيجة إلى الهدفين المتعارضين, فوجود الشكل غالبًا ما يمنع أو يحد على الأقل من وقوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ نتيجة للتعاقد, فالشكل يحقق الحماية للمصلحة الخاصة ويضمن تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد, كما يكفل حرية هذه الإرادة في ابرام التصرف القانوني, أضافة إلى أنه وسيلة أثبات مسبقة مع تحديدًا دقيقًا لمضمون التصرف, وإذا تحققت هذه الأغراض فسوف نحدّ من المنازعات, ما يحقق قدراً كبيراً في استقرار التصرفات.

أما المسألة الأخرى فترتبط بفكرة التصرف المجرد الذي يثير فكرتين عن السبب, تتمثل الأولى بالسبب القصدي أي الغرض أو الباعث الدافع إلى أبرام التصرف القانوني, وفكرة السبب القانوني الذي يبرر

سبب الإضافة إلى الذمة (الإثراء), حيث كانت بداية صياغة نظرية التصرف المجرد تستند إلى فكرة السبب القصدي, وعلى هذا الإساس بدأت بوادر التشييع لفكرة التصرف المجرد واطلاق الحرية للأفراد في أنشائه بلا قيد قانوني . إلا أن هذا التوجه قد يؤدي إلى إساءة في استعمال هذه الرخصة أذا اتخذها الإفراد وسيلة للإفلات من قواعد النظام العام ومبادئ الأخلاق.

إشكالية البحث: تكمن إشكالية البحث بما يأتي:

لا تشمل الزيادة المالية التي تحصل في ذمة شخص بفعل شخص آخر كل أنواع الإثراء أيًا كان مصدره، بل تقتصر على نوع معين من الإثراء والذي يقع بناءً على مصادر قانونية خاصة، وتكمن إشكالية هذه الدراسة بتحديد تلك المصادر فيما يتعلق بفكرة الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرف القانوني.

أهداف ومبررات البحث: تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على معنى سبب الإضافة إلى الذمة وبيان فيما إذا كان يتطابق مع مبدأ الإثراء، فضلاً عن بيان دور السبب في الإضافة إلى الذمة، وهل تتم والإضافة إلى الذمة لذاتها أم أنها تقع بقصد الوصول إلى غرض يمكن أن يكون وسيلة إلى غرض أخر، وهل تنحصر الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرف القانوني أم تمتد إلى الإعمال المادية.

منهجية البحث: لغرض تحقيق الاهداف المرجوة من بحثنا هذا اعتمدت المنهج التحليلي المقارن بين التشريع العراقي والتشريع المصري، فضلاً عن التشريع الألماني والفرنسي من خلال تسليط الضوء على مواطن الضعف والقوة في بين التشريعات المشار أليها انفاً وجمع المادة العلمية من المؤلفات ذات الصلة مع بيان رأينا فيها.

خطة البحث: وصولاً لمعالجة اشكالية البحث فقد تم تقسيم خطة البحث كما يأتي: -

المبحث الأول: مفهوم سبب الإضافة إلى الذمة.

المطلب الأول: تعريف سبب الإضافة إلى الذمة وتمييزه عن غيره.

الفرع الأول: تعريف سبب الإضافة إلى الذمة.

الفرع الثاني: طبيعة سبب الإضافة إلى الذمة.

المطلب الثاني: تمييز سبب الإضافة إلى الذمة عن الإثراء بلا سبب.

المبحث الثاني: أحكام فكرة سبب الإضافة إلى الذمة.

المطلب الأول: تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة.

الفرع الأول: تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق الإعمال المادية.

الفرع الثاني: تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرف القانوني.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الثاني: تطبيقات الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرف القانوني.

وننهي بحثنا هذا بأهم النتائج التي سنخلص أليها من هذا البحث، مع التوصيات التي نأمل من المشرع الكريم والقضاء الموقر الأخذ بها.

المبحث الاول

مفهوم سبب الإضافة إلى الذمة

يُطلق في النظم الجرمانية على الزيادة المالية أو الإثراء الذي يحصل في ذمة شخص بفعل شخص أخر بالإضافة إلى الذمة, ولا تشمل تلك الزيادة المالية كل أنواع الإثراء أياً كان مصدره, بل تقتصر على نوع معين من الإثراء والذي يقع بناءً على مصادر قانونية خاصة, أما تحديد تلك المصادر فهو الإشكال الرئيس القائم فيما يتعلق بفكرة الإضافة إلى الذمة, ولبيان ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين, نتناول في المطلب الأول منه تعريف سبب الإضافة إلى الذمة وتمييزه عن غيره, أما المطلب الثاني فسنخصصه لبحث الطبيعة القانونية لسبب الإضافة إلى الذمة .

المطلب الأول

تعريف سبب الإضافة إلى الذمة وتمييزه عن غيره

لبيان تعريف سبب الإضافة إلى الذمة وتمييزه عن غيره، سنبحث هذا المطلب في فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف سبب الإضافة إلى الذمة، والفرع الثاني خصصناه لتمييز سبب الإضافة إلى الذمة عن غيره.

الفرع الأول

تعريف سبب الإضافة إلى الذمة

لتعريف سبب الإضافة إلى الذمة، لابد اولاً من بيان فكرة الإضافة إلى الذمة ومن ثم ايجاد تعريفاً مانعاً جامعاً لسبب الإضافة إلى الذمة. ويمكن تعريف (الإضافة إلى الذمة) وفقاً لروح الفقه الألماني على أنها " منفعة مالية أو أثراء يتحقق لصالح شخص بمقتضى عمل أرادي مشروع (تصرف قانوني أو عمل مادي) يصدر من المفتقر[1], وفي هذا السياق ذهب جانب من الفقه الألماني[2], إلى تعريف الإضافة إلى الذمة بأنها " التصرف القانوني الذي يحدث وفقاً لنية المتصرف ويؤدي إلى نقصاً في ذمته وزيادة في ذمة شخص أخر". ووفقًا لهذا الوصف يمكن أن تقع الإضافة إلى الذمة بغير تصرف قانوني، وبذلك يمكن أن نستدل

---

[1] - د . محمود أبو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن), أطروحة دكتوراه, كلية الحقوق – جامعة فاروق الأول, مطبعة جامعة فؤاد الأول, القاهرة, 1947م, ص 155.

[2] - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير في المرحلة التحضيرية, كلية القانون – جامعة ذي قار, 2014م, ص 55.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بأن الاتجاه السائد في الفقه الألماني هو ذاك الذي يميل إلى توسيع نطاق فكرة الإضافة إلى الذمة بحيث تتجاوز التصرفات القانونية دون أن تتجاوز الإعمال الإرادية. وبذلك فالإضافة إلى الذمة هي عمل يَقدم به شخص على تقديم منفعة لشخص آخر تتمثل هذه المنفعة بزيادة في الثروة أو منع نقص فيها، ويمكن أن تقع الإضافة إلى الذمة بناءً على عمل مادي بحت.

وإذا أردنا ان نخلص مما تقدم يمكننا وضع تعريف للإضافة إلى الذمة بأنها " منفعة مالية أو اثراء يتحقق لصالح شخص معين بمقتضى عملاً ارادياً مشروع سواء أكان تصرفاً قانونياً أم عملاً مادياً يصدر من المفتقر".

والإضافة إلى الذمة لا تتم لذاتها وإنما تقع بقصد الوصول إلى غرض يمكن أن يكون وسيلة غلى غرض أخر، ولا يعتد القانون كقاعدة عامة إلا بالغرض المقصود مباشرة من الإضافة، فهو الذي يحدد الوصف القانوني للإضافة، أي القواعد القانونية التي تحكمها، هذا الغرض هو السبب المشروع، ويعبر عنه القانون الألماني بالسبب القانوني. ولا شك في أن سبب الإضافة إلى الذمة عند الألمان هو السبب في الإثراء بيد أن الإثراء فكرة أوسع من فكرة الإضافة إلى الذمة, ذلك أن الإثراء يقع على أيه واقعة ارادية كانت أم غير ارادية مشروعة أم غير مشروعة, اي أن سبب الإضافة إلى الذمة هو السبب في الإثراء في الأحوال التي يقع فيها الإثراء بناءً على عمل أرادي مشروع صادر من المفتقر[3]. وذهب جانب من الفقه[4], إلى تعريف الإثراء على أنه " اغتناء ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص أخر دون سبب مشروع". ونستدل من هذا التعريف على أن الإثراء هو فكرة أوسع من فكرة الإضافة إلى الذمة.

وذهب جانب أخر من الفقه[5], إلى تعريف الإثراء بأنه " واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى اخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له" .

ومن خلال ما تقدم يمكن القول إن سبب الإضافة إلى الذمة هو ذو طبيعة شخصية ما دام مرتبطاً بالإرادة الخاصة بعده الغرض المباشر الذي تتجه أليه الإرادة, ولكن ليس أي غرض تتجه أليه الإرادة بل هو الغرض المباشر فقط والذي يقتصر في نهاية المطاف على أن يكون أحد اغراض ثلاث تتمثل ب(الوفاء والإدانة والتبرع), مع وجوب استبعاد البواعث التي تعد اغراضاً غير مباشرة, ونستدل مما تقدم أن لا فرق في الطبيعة بين سبب الإضافة إلى الذمة والسبب القصدي كونهما عنصر شخصي وهو الغرض الذي تتجه أليه الإرادة الخاصة, وبذلك فان أوسع نطاق لتطبيق فكرة السبب القصدي لا يتجاوز حدود

---

[3] - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 57.
[4] - د . عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, العاتك لصناعة الكتب, القاهرة, 2009م, ص 283.
[5] - د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام), ج1, المجلد 2, ط3, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, 2005م, ص 1267-1268.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التصرفات القانونية, أما سبب الإضافة إلى الذمة فنطاق تطبيقه يتفق مع السبب القصدي فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي تتضمن أضافة إلى الذمة كالبيع والوصية.

وقد ذُكر تعريف سبب الإضافة إلى الذمة في الفقه الألماني على أنه " هو الغرض المباشر الذي يرمي أليه المفتقر ويكون السبب بمقتضاه الوفاء أو الادانة أو التبرع, والذي يمثل دوراً مزدوجاً فيما يتعلق بالتصرفات المجردة كونه العنصر الذي يتجرد فيه التصرف وهو في ذات الوقت الأداة القانونية المستخدمة في اعادة التوازن بين ذمتين أذا كان قد اختل بناءً على تصرف مجرد تخلف الغرض منه"[6] .

ويستخلص مما تقدم أن القانون الألماني لا يقف عند معنى واحد للسبب، ففي الإعمال القانونية التي يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى أخرى يقوم التصرف إما على سبب الوفاء أو على سبب الدائنة أو على سبب التبرع والسبب هنا هو الغرض الشخصي المباشر الذي يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب في العقد في النظرية الفرنسية التقليدية. فإذا كان التصرف مجردًا ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً. لكن إذا نقذه الدائن جاز للمدين أن يسترد ما دفعه بدعوى الإثراء بلا سبب، ونرى من ذلك أن معنى " السبب " في الإثراء هو نفس معنى "السبب" في العقد. هذا إذا كان الإثراء آتياً من تنفيذ تصرف مجرد. أما إذا أتي الإثراء من عمل إرادي صادر من المثري (بنى في أرضه بأدوات غيره) أو عمل إرادي صادر من أجنبي (بنى في أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر)، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانوني يكسبه للمثري (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشيء المفضي).

وأخذ الدكتور محمود أبو عافية على القانون الألماني هذا الازدواج في معنى السبب وما يلقيه في نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتعقيد، فيقول: " تلك هي النظرية الأساسية في الإثراء بلا سبب وهي كما نرى لها خاصية بارزة، هي أنها تأخذ السبب القانوني للإثراء على معنيين. فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (أضافة إلى الذمة) أخذته على معنى الغرض الشخصي الذي يقصده المفتقر، أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنشئ ومرجعه إرادة القانون، ولا غرابة إذن في أن يسلم الفقه الألماني باستحالة وضع صيغة واحدة لفكرة السبب في الإثراء تغطي جميع الفروض. فكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفكرة لها معنيان، أحدهما يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون؟ هذه الصيغة المزدوجة - رغم إجماع الفقه الألماني عليها - تبدو لنا مفككة متناثرة الأجزاء. فالغرض الشخصي ومرجعه الإرادة الخاصة والسبب المنشئ ومرجعه إرادة القانون هما فكرتان تناقض إحداهما الأخرى بحيث لا نستسيغ جمعهما تحت عنوان وأحد هو " السبب في الإثراء " ...إن العيب في هذه

[6] - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 60.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

النظرية يرجع –بصفة خاصة - إلى الطريقة الفنية التي اتبعها الفقه الألماني لحل مشكلة السبب في الإثراء. فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتي: متى يكون الإثراء بلا سبب؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ في معالجة مختلف فروض الإثراء بلا سبب كما هي معروفة في القانون الرماني. وكل ما يمكن أن يقال لصالح هذه الطريقة هو ما فيها من يسر جاء من كونها تقليدية موروثة وسائدة في ألمانيا منذ دخول القانوني الروماني فيها إلى يومنا هذا. ولكنها طريقة تنطوي على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية في مادة الإثراء، وهي إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير الفروض, ونحن لا نصدر في ذلك عن مجرد التمسك بالاعتبارات المنطقية وأن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية[7].

الفرع الثاني

طبيعة سبب الاضافة إلى الذمة

بصدور القانون الألماني عام (1900) انتقلت مسألة التصرف المجرد إلى مرحلة جديدة, حيث نظم هذا القانون فكرة التصرف المجرد تنظيماً قضى على كل خلاف حول أمكان أجازته في القانون الألماني, ويأخذ القانون الألماني بالتصرف المجرد بغية ضمان استقرار المعاملات، وتؤسسه على الإرادة الظاهرة، والتصرف المجرد تصرف جردت الإرادة فيه من سببها ومن عيوبها، بحيث يستحيل الطعن فيه بالبطلان على اساس انعدام السبب، أو بالإبطال على أساس عيوب الإرادة، ولا يكون أمام المدين اذا اثبت انتفاء السبب أو عيب الإرادة، الا الرجوع على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب، أي أن التصرفات المجردة توجد قانوناً حتى لو لم يتحقق السبب الذي ادى إلى ابرامها, فالتصرفات المجردة تنقطع الرابطة الطبيعية بينها وبين السبب دون أن تستبعد استبعادًا مطلقاً, فإذا تبين فيما بعد أن السبب لم يكتسب كياناً مادياً فهذا يعني أن أحد الطرفين قد تحمل خسارة مالية بغير سبب, وهذه النتيجة غير العادلة يجب استبعادها بعلاج قانوني هو دعوى الإثراء[8].

واذا كانت القاعدة هي اشتراط وجود السبب كركن في العقد، فأن القانون قد نص على حالات استثنائية يكون التصرف فيها مجردًا، إذ لا يدخل السبب كركن لازم لتكوينه، ويصح بالتالي العقد بصرف النظر عن

---

[7] - د عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام), دار النشر للجامعات المصرية, القاهرة, 1952م, ص 932-933.
[8] - نقلاً عن د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر ، 2005م، ص 59 – 60 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وجود السبب أو انعدامه[9], وتتميز الحالات الاستثنائية بأن سبب الالتزام فيها لا يتصل بعلاقة المدين بدائنه، بل هو يتصل بعلاقة بين المدين وشخص ثالث[10] .

وتفسر حالات تقرير التجريد هي الحاجة إلى وقاية الدائن من أن يفاجأ ببطلان التزام المدين قِبله، لعيوب قد تشوب علاقة المدين بشخص ثالث، وعلى الرغم من الفوائد التي يحققها التصرف المجرد، فأن القوانين اللاتينية والعربية ومنها القانون المدني العراقي لم تهتم بنظرية التصرف المجرد من السبب، فالقاعدة في هذه القوانين هي أن يكون الالتزام مسبباً، ولذلك فهي لا تسلم بفكرة التصرف المجرد الا في حدود ضيقة, فالتصرف المجرد أو الإرادة الظاهرة المجردة هي اداة من ادوات الائتمان التي تشتد الحاجة أليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار[11], واذا كانت القاعدة هي اشتراط وجود السبب كركن في العقد، فأن القانون قد نص على حالات استثنائية يكون التصرف فيها مجردًا، اذ لا يدخل السبب كركن لازم لتكوينه، ويصح بالتالي العقد بصرف النظر عن وجود السبب أو انعدامه. ويبدو أن السبب في التصرف المجرد يكون بسبب علاقة قانونية سابقة تربط المدين بغيره وعلى اثرها يلتزم المدين تجاه الدائن، أذ يقبل المدين الالتزام بدلاً عن المدين الاصلي(الغير)، اذا لم يوفي للدائن[12].

وبذلك نستنتج بأن التصرفات القانونية المجردة تختلف عن التصرفات المسببة أو الجوهرية، فالأخيرة يعد تحقق غرضها الدافع جزءاً من جوهرها ومضمونها، كعقد القرض مثلاً، فالتزام اساسه القرض لا ينشأ بمجرد الوعد بالالتزام ولا بتسليم سند كتابي، انما يجب أن تنتقل ملكية القرض وهو المقصود من الوعد.

وهكذا زالت أولى المشاكل التي تثيرها فكرة التصرف المجرد، ولكنها لم تزل الا لتخلف صعوبة أخرى تتمثل بإيجاد الأداة الخاصة لتمييز التصرف المجرد عن غيره، وطرق الفقه الألماني أيسر السبل، أذ سلم بما يقرب من الإجماع بالتعريف التقليدي للتصرف المجرد الذي يميزه على أساس فكرة السبب، فكون القانون الألماني لم يذكر السبب من بين شروط صحة التصرف القانوني بصفة عامة، لم يزعزع

---

[9] - د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر ، 2005م، ص 129. اشار أليه: علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية, أطروحة دكتوراه, كلية القانون-جامعة كربلاء, 2014م, ص 137-139. متاح على الموقع الالكتروني https://almerja.com/reading.php?idm=150896 (المرجع الالكتروني للمعلوماتية), تاريخ الدخول 2025/9/1, ساعة الدخول 8:20 صباحًا.

[10] - د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه للنشر، عابدين – مصر، 1966م، ص 267 .

[11] - د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2011 م، ص 291 – 292 . اشار أليه : علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية, مصدر سابق, ص 137-139. متاح على الموقع الالكتروني https://almerja.com/reading.php?idm=150896 (المرجع الالكتروني للمعلوماتية), تاريخ الدخول 2025/9/1, ساعة الدخول 8:35 صباحًا.

[12] - د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص 267 .

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ثقة الفقه في هذا التعريف، واستمر يرى أن التصرف المجرد هو الصحيح بصرف النظر عن السبب. ولم يلبث الفقه الألماني أن عثر على معيار لتمييز التصرف المجرد في المادة(812) من القانون المدني الألماني, وهو النص الخاص بالإثراء بلا سبب, وهذا المعيار هو فكرة عن السبب سميت في المانيا(سبب الإضافة إلى الذمة)[13].

وبذلك فأن لسبب الإضافة إلى الذمة طبيعة كطبيعة السبب القصدي في النظرية الفرنسية التقليدية, وهو ذلك الغرض المباشر الذي تتجه أليه ارادة المفتقر, فهذا المفتقر وفقاً لرأي الفقيه (فونتور) هو الذي يحدد بإرادته السبب القانوني للإضافة وذلك عادة بالاتفاق مع المثري, فطبقاً للاتفاق يكون الدفع من (أ) إلى (ب) وفاءً أو قرضاً أو هبة, وعليه يكون سبب الإضافة إلى الذمة كالسبب القصدي عنصراً مرتبطًا بالإرادة الخاصة, أي ذا طبيعة شخصية, وبذلك ووفقاً لرأي الفقه الألماني أن الإضافة إلى الذمة بغير غرض من هذا النوع أو ذاك تكون عملاً خالياً من معناه, فتحديد الغرض المقصود بالإضافة ليس شيئاً عرضياً, بل هو جوهر الشيء, وهو ضرورة نفسية, فالهدف الذي يجب ان يصل أليه التصرف وفقاً لتصور طرفيه هو الغرض منه وهو السبب بالمعنى الشخصي ويقال انه مادي بمجرد تحققه, أذن لا فرق بين سبب الإضافة إلى الذمة والسبب القصدي. فكلاهما عنصر شخصي يتمثل بالغرض الشخصي الذي تتجه أليه الإرادة الخاصة, وعلى الرغم من وجود فروق بين فكرة سبب الإضافة إلى الذمة وفكرة السبب القصدي والمتمثلة بالفروق من ناحية التطبيق والفروق من ناحية الوظيفة القانونية, الا أن تلك الفروق لا تمس في شيء اتحادهما في الطبيعة[14] .

المطلب الثاني

تمييز سبب الإضافة إلى الذمة عن الإثراء بلا سبب

اذا كانت قواعد العدالة تقضي بإلزام من احدث ضرراً بالغير بتعويض هذا الضرر فأنها تقضي كذلك بإلزام من اثرى على حساب غيره دون وجه حق بأن يرد أليه قيمة هذا الإثراء في حدود ما افتقر به ذلك الغير, ولهذا عاصرت فكرة الإثراء بلا سبب نظرية العمل الضار وكانت معه من المصادر الاولى التي عرفها القانون[15], ويمكن القول إن قاعدة الإثراء بلا سبب تتصل اتصالاً وثيقًا بقواعد العدالة والقانون الطبيعي لأنها تحمل في طياتها ما يبررها فيجعلها مصدراً منشأ للالتزام. الا أنها عرفت على نحو غير متصل الاجزاء في القانون الروماني خالية من الاصل المشترك لا يجعلها قاعدة عامة كما كان حظها

---

[13] - د. محمود أبو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن), مصدر سابق, ص 149-150.

[14] - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 60.

[15] - د . حسن علي الذنون, النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام ، الجامعة المستنصرية ، بغداد ، 1976 م, ص 313.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

في (الفقه الاسلامي) والقانون الفرنسي والقانون الإنكليزي ضئيلاً ويكون هناك كسب دون سبب اذا اغتنت ذمة شخص بسبب افتقار ذمة آخر ولم يكون هناك ما يبرر هذا الاغتناء في نظر الشرع والقانون[16] .

وتناول المشرع العراقي الإثراء بلا سبب في المواد (233- 244) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل[17], الا انه لم يورد تعريفاً محدداً للإثراء بلا سبب وإنما ترك ذلك للفقه .

وذهب جانب من الفقه إلى تعريف الإثراء بلا سبب بأنه " هو واقعة قانونية وليس تصرفاً قانونياً يثري بها شخص يسمى المثري على حساب شخص يسمى المفتقر بلا سبب مشروع يلتزم طبقًا للعدل أن يعوض هذا الشخص عما اصابه من افتقار"[18] .

وذهب جانب أخر من الفقه إلى القول بأن الإثراء بلا سبب يدخل في نطاق مصادر الالتزام غير الإرادية فنحن أمام واقعة قانونية, واقعة مشروعية تقوم على أساس انتقال قيمة مالية من ذمة إلى ذمة أخرى, دون سبب قانوني[19] .

وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى القول: " الإثراء بلا سبب واقعة مؤداها انتقال مال من ذمة إلى اخرى دون ان يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له, فالإثراء بلا سبب مصدر للالتزام مستقل, قائم بذاته لا يستند إلى مصدر أخر ولا يتفرع عنه" [20].

وقد يقع الإثراء بلا إرادة، فقد يقع بفعل اختياري من الغني أو الفقير، وقد يقع بغير فعلهما أو إرادتهما، كما لو وقع بفعل غيره أو بقوة قاهرة[21]، ويشترط لتحقق الإثراء بلا سبب توافر أركانه والمتمثلة بإثراء المدين، وإفقار الدائن، فضلاً عن وجود رابطة سببية بين الإثراء والافتقار, بحيث يقع إثراء المدين بسبب افتقار الدائن، وانتفاء سبب مشروع لكل من الإثراء الافتقار، بحيث يقع الإثراء والافتقار دون سبب قانوني يقتضي ذلك[22] .

---

[16] -نقلاً عن د . منذر الفضل, الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والاجنبية- معززًا بآراء الفقه واحكام القضاء), ط1, دار ئاراس للطباعة والنشر, اربيل –العراق, 2006م, ص 388.

[17] - تقابلها المواد (179-187) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.

[18] - د. سمير عبد السيد تناغو, مصادر الالتزام, ط1, مكتبة الوفاء القانونية, الاسكندرية, 2009م, ص 306.

[19] - د. توفيق حسن فرج, النظرية العامة للالتزام(في مصادر الالتزام), الدار الجامعية, 1988م, ص425.

[20] - رقم القرار 260/ هيئة عامة اولى/ 971 في 1972/8/5, النشرة القضائية, العدد 3, السنة 3, 974, ص12. اشار أليه: د . منذر الفضل, الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والاجنبية- معززاً بآراء الفقه وأحكام القضاء), مصدر سابق, ص 393.

[21] - د . محمد لبيب شنب, الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الرضا للطباعة والتوريدات، مصر, 1992م, ص 489.

[22] - د . محمود جمال الدين زكي, الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط3،مطبعة جامعة القاهرة، 1978م, ص 702 .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

نستنتج مما تقدم ان الإثراء بلا سبب هو مبدأ يقضي بأن كل اثراء غير مشروع (بلا سبب) يحصل لشخص على حساب اخر يجب رده، هذا المبدأ يعد الاساس القانوني لإصلاح الضرر الناشئ من الفعل الخاطئ.

ومن هنا يمكن القول بأن السبب في الإثراء له طبيعة تختلف كل الاختلاف عن طبيعة سبب الإضافة إلى الذمة, اذ لا يمكن ان يؤخذ السبب في الإثراء على معنى الغرض الذي تتجه أليه الإرادة الخاصة في اي فرض من الفروض , لان القول بهذه النتيجة يؤدي إلى انهيار الاساس الذي بنيت عليه النظرية الألمانية في السبب والتصرف المجرد, مع الاخذ بعين الاعتبار ان سبب الإضافة إلى الذمة وفقا للنظرية الألمانية ينطبق على كل اضافة مالية وقعت على عمل ارادي مشروع سواء كان تصرفاً قانونياً ام عملاً مادياً, فالسبب في الإثراء وفقًا للنظرية الألمانية يختلف من حيث الطبيعة والمعنى, حيث ينقسم السبب في الإثراء إلى شقين احدهما خاص بالإثراء الناشئ بمقتضى تصرف قانوني, والاخر خاص بالإثراء الناشئ من واقعة قانونية[23].

والسؤال الذي يطرح في هذا المضمار: ما هو السبب في الإثراء الناشئ بمقتضى تصرف قانوني؟ وما الفرق بينه وبين السبب الناشئ بمقتضى واقعة قانونية؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجيب الفقيه (كيب) بأن ما يستنتج من سلسلة التطبيقات الخاصة هو أن الرأي قد استقر على أن التنفيذ الارادي مقيد بالسبب على معنى الغرض، أي أن السبب القانوني للإثراء الحاصل بمقتضى ارادة المفتقر هو الغرض الشخصي الذي تتجه أليه هذه الإرادة، هذا الغرض الشخصي إذا جردناه من البواعث لا يخرج عن فروض ثلاث سبق وأن تمت الاشارة أليها تتمثل بانقضاء الدين(الوفاء)، وانشاء الدين(الدائنية)، فضلاً عن التبرع. وبذلك يكون وفقا للفقه الالماني أن الإثراء بلا سبب يكون في احوال معينة يرتبونها على اساس دعاوى الإثراء الرومانية والمتمثلة بالآتي:

1- إذا كان الغرض الذي قصده المفتقر لم يوجد اصلاً كما له دفع ما لا يجب.
2- إذا كان الغرض المقصود لم يتحقق، كأن توصي على بضاعة معينة وترسل ثمنها ثم لا يتم البيع.
3- إذا زال الغرض بعد ان كان موجوداً، كهبة تم الرجوع عنها.
4- اذا كان الغرض غير مشروع[24].

ونستنتج مما تقدم أن سبب الإثراء الحاصل بمقتضى تصرف قانوني (اضافة إلى الذمة) يستقر في الغرض الذي اتجهت أليه ارادة المفتقر، اي انه يتفق في الطبيعة مع فكرة السبب القصدي، وهو يتفق مع القانون الفرنسي الذي يعترف بفكرة (السبب القانوني) المعترف به كشرط لصحة الاتفاقات في

[23] - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 75.
[24] - د. مرتضى جمعة عاشور ,المصدر نفسه, ص 77.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

القوانين اللاتينية تسمح عن طريق دعوى البطلان باسترداد ما يقره القانون من كسب، فالإثراء الذي يجب رده هو الإثراء الذي لا سبب له.

اما النوع الثاني من الإثراء، اي الإثراء الذي يحصل دون تدخل ارادة المفتقر، هنا يتبع الفقهاء الالمان طريقة النظر في كل حالة على حدة للفصل في مشروعية الإثراء أو عدم مشروعيته، فالأحوال التي يعد فيها الإثراء غير مشروع (بلا سبب) يكون أما في الاحوال التي يقع فيها الإثراء بإرادة المثري دون تدخل ارادة المفتقر، ومثالها حالة بناء الشخص في ارضه بأدوات الغير. والاحوال التي يقع فيها الإثراء دون تدخل ارادة المثري أو ارادة المفتقر وفي هذه الحالة قد تكون الواقعة المنشأة للإثراء واقعة طبيعية كطمى النهر، أو بفعل انسان كأن يبني شخص بملك أخر بأدوات الغير. اما السبب في الإثراء الحاصل بناءً على واقعة قانونية، يجيب الفقيه الالماني (فونتور) " إذا ترتب على فعل الغير أو على حادث خارجي ان وقع انتقال من ذمة(أ) إلى ذمة (ب) فأن طبيعة هذه الواقعة هي التي تفصل فيما إذا كان هذا الانتقال يجب اعتباره خالٍ من السبب القانوني وأن يعطى (أ) حق الاسترداد القائم على الإثراء". اي بمعنى يجب البحث عن السبب في الواقعة نفسها التي ترتب عليها الإثراء, فاذا كانت الواقعة تبرر الإثراء في نظر القانون كان الإثراء مشروعًا اي له سبب, والا كان غير مشروع اي خالٍ من السبب[25].

نخلص مما تقدم ان النظرية الألمانية للإثراء بلا سبب تأخذ السبب القانوني على معنيين، فاذا كان مصدر الإثراء تصرفًا قانونيًا اخذته على معنى الغرض الشخصي الذي يقصده المفتقر، اما إذا كان مصدر الإثراء واقعة قانونية اخذته بمفهوم السبب المنشئ ومرجعه ارادة القانون.

اما في فرنسا, فالإثراء يكون مشروعًا متى ما كان مطابقًا للقانون, ويكون كذلك اذا كانت الواقعة التي احدثته تبرره في نظر القانون, ويترتب على ذلك ان الإثراء المضاف بمقتضى تصرف قانوني صحيح يعد اثراء مشروع كقاعدة عامة لان الواقعة التي احدثته وهي التصرف القانوني تبرره في نظر القانون, كذلك الحق الذي ينشأ من الفعل الضار يعد اثراءً مشروعًا, لان الواقعة التي انشأته تبرره في نظر القانون, وبالجملة كل مصادر الالتزام وهي في الواقع لا تخرج عن التصرف القانوني أو الواقعة القانونية[26], جميعها اسباب قانونية تبرر الإثراء اذا كان الالتزام الذي انشاته يمثل قيمة

---

[25] ـ د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 79.

[26] ـ ويعرف التصرف القانوني بأنه اتجاه الإرادة نحو احداث أثر قانوني, اما الواقعة القانونية فتعرف على انها الواقعة المادية ـ التي قد تقع باختيار الانسان أو بغير اختياره- التي يرتب القانون عليها اثرًا بصرف النظر عن اتجاه الإرادة لإحداث هذا الاثر أو عدم اتجاهها أليه. ومثلما يتم التصرف القانوني باتفاق إرادتين، فإنه يحصل بإرادة منفردة . ينظر : د . حسن علي الذنون, النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق, ص26. جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، مصر ،

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

مالية. واذا كان هذا الإثراء المشروع وفقا للنظرية الفرنسية, فيسهل ذلك ايجاد صيغة عامة لتحديد الإثراء بلا سبب باللجوء إلى تطبيق مفهوم المخالفة للقول بان لما كان الإثراء يعد مشروعا متى ما كان هناك ما يبرره في نظر القانون, يصبح الإثراء غير مشروع اذا كان غير مبرر اي ان الواقعة تقتصر على تبريره, وبمعنى اخر ان السبب في الإثراء هو الواقعة التي احدثته مقدره من وجهة نظر القانون, فاذا كانت هذه الواقعة تبرر الإثراء في نظر القانون كان الإثراء مشروعاً أي له سبب, والا كان الإثراء غير مشروع أي خالٍ من السبب القانوني[27].

نستنتج مما تقدم بأنه في حال التسليم بالصيغة السالفة للإثراء فأن هذا يعني أن هذا العنصر لا يمت بصلة إلى ارادة الإفراد, أنما هو عنصر مادي يتبع ارادة القانون ويتوقف عليها, أي أن القانون وحده هو الحكم الذي يفصل في تقدير وجود السبب القانوني للإثراء, والفقه الألماني يسلم بذلك في حالة الإثراء الحاصل بناءً على واقعة قانونية بالمعنى الضيق, بيد انه يحيد فيما يتعلق بالإثراء المضاف بمقتضى تصرف قانوني, ففي هذه الحالة الاخيرة يعطى لسبب الإثراء اسمًا جديدًا هو (سبب الإضافة إلى الذمة), ويأخذه على معنى الغرض الشخصي الذي يدفع ارادة المفتقر.

المبحث الثاني
أحكام فكرة سبب الإضافة إلى الذمة

فيما تقدم قلنا بأن سبب الإضافة إلى الذمة ينطبق وفقًا للفقه الألماني على كل اضافة مالية وقعت بناءً على عمل ارادي مشروع سواء أكان تصرفاً قانونياَ أم عملاً مادياً, مما يتطلب تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة وهذا ما سنبحثه في المطلب الاول, الذي ينقسم إلى فرعين, نتناول في الفرع الاول منه تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق الإعمال المادية, اما الفرع الثاني فنتناول فيه تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرفات القانونية, اما المطلب الثاني فخصصناه لبحث تطبيقات سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرف القانوني.

1997م، ص19. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية،ط6, ج1، مطبعة السلام، مصر، دون سنة طبع، ص871.

27 - نقلاً عن د. عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام), مصدر سابق, ص 938-949.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المطلب الاول

تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة

لتقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة سيكون الكلام على مرحلتين، نبتدأ المرحلة الاولى في تقدير هذه الفكرة في نطاق الإعمال المادية، وهذا ما سنتناوله في الفرع الاول، اما الفرع الثاني فسيكون لبحث المرحلة الثانية وهي تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرفات القانونية.

الفرع الاول

تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق الإعمال المادية

وفقًا للفقه السائد في المانيا يمكن ان تكون الإعمال المادية مصدرًا للإضافة إلى الذمة بشرط ان تكون ارادية مشروعة, ويقرر جانب من الفقه الألماني متمثلاً بالفقيه (فونتور) ان عمل الفضولي له سبب هو قصد الإدانة أو قصد الحصول على مقابل, وهذا السبب يتحدد بإرادة الفضولي المنفردة, ويرى الكثير من الفقهاء أن امتداد فكرة السبب بمعنى الغرض الشخصي إلى الإعمال المادية هو خطأ يؤسف حقاً, والغريب أن له نظير في مشهور في التشريع الفرنسي الذي يطلق على هذه الإعمال نفسها باسم (شبه العقد), ويمكن توضيح المقابلة بين الخطأ الذي ارتكب في المانيا والخطأ الذي أرتكب في فرنسا التي لا تخلو من اهمية علمية تتمثل في أن سبب تشبيه هذه الإعمال بالعقود في فرنسا هو اشتراكها مع العقود في أنها أعمال ارادية مشروعة تترتب عليها اثار قانونية, وهذا السبب هو نفسه الذي سمح في المانيا أن يجتمع الإثراء الذي يترتب على عمل مادي, والإثراء الذي يضاف بمقتضى تصرف قانوني في صعيد واحد, كلاهما يسمى (الإضافة إلى الذمة) ويخضع لنفس الشروط[28] .

وباستبعاد فكرة شبه العقد[29] – كونها فكرة خاطئة كل الخطأ في فرنسا تعرضت لأشد انواع النقد الذي حمل لوائه الفقيه (بلانيول) الذي يشمل قطع الصلة المزعومة بين شبه العقد والعقد – تكون القاعدة بالنسبة للعقود أو التصرفات القانونية بصفة عامة هي أن اثرها القانوني يترتب لأن ارادة الطرفين اتجهت إلى احداثه, لذلك يجب ان تستكمل الإرادة شروطاً قانونية محددة تضمن صحتها في نظر القانون لاستحداث الإثر المنشود, هذه الشروط تتمثل بصدورها من ذي اهلية واعلانها على وجه

---

28 - نقلاً عن د. محمود أبو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن), مصدر سابق, ص 167.

29 - وعرف جانب من الفقه الانكليزي شبه العقد على انه " نظام قانوني ينشأ عن عقد يقوم أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته التعاقدية كلياً أو جزئياً مع عدم حصوله على المقابل المتفق عليه بالكامل مما يترتب عليه حقه في استرداد ما دفع تنفيذاً لالتزامه التعاقدي, واعادة الحالة لما كانت عليه". وعرفه جانب أخر من الفقه الإنكليزي على انه " مصدر مستقل من مصادر الالتزام لا يقوم على اساس العقد, ولكن يستند على النظام القانوني لرد غير المستحق, ويعرف بالإثراء بدون سبب" . نقلاً عن : د. يونس صلاح الدين علي, شبه العقد في القانون الانكليزي(دراسة مقارنة بالمدفوع دون حق في القانون المدني العراقي), بحث منشور في مجلة العلوم القانونية, كلية القانون – جامعة بغداد, العدد الاول, 2021م, ص39.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

مقبول قد يقيده القانون بشكل معين, فضلاً عن سلامتها من العيوب التي تؤدي اختلاف مظهرها عن حقيقتها, واستنادها(الإرادة) إلى سبب مشروع صحيح ومحل ممكن جائز, وبلا شك فأن القانون هو الذي يضيف إلى التصرف القانوني اثره [30].

والقانون يضيف هذا الإثر لأنه اريد بواسطة اطراف التصرف, والقاعدة العامة في التصرفات القانونية هي وجوب اتجاه الإرادة لإحداث اثر قانوني والا كان الجزاء هو بطلان ذلك التصرف, اما شبه العقد فهو واقعة قانونية بالمعنى الضيق, لذلك يختلف الأمر فيه اختلافاً كلياً, وفي جميع الأحوال يترتب الإثر القانوني مستقلاً عن الإرادة الخاصة, وهو ما يفصل العقد – وهو تصرف قانوني – عن شبه العقد وهو واقعة قانونية[31] .

ومما تقدم يتضح جلياً الخطأ في النظرية الألمانية من حيث مدها فكرة السبب بمعنى الغرض إلى الإعمال المادية التي تترتب عليها أضافة إلى الذمة. فهذه الإعمال مع كونها أعمال ارادية مشروعة فأنها لا تنشئ اثاراً قانونية ارادية, اي أن اثارها لا تترتب لآنها اريدت من جانب الفرد الذي قام بالعمل, بل تترتب بناءً على ارادة القانون بغض النظر عن الإرادة الخاصة, وبذلك نستبعد فكرة سبب الإضافة إلى الذمة من نطاق الإعمال المادية [32].

الفرع الثاني

تقدير فكرة سبب الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرفات القانونية

القاعدة في التصرفات القانونية هي ان اثارها تتولد بفعل القانون الوضعي فقط بناءً على واقعة(الإرادة), اي انها لا تترتب الا لأنها اريدت من جانب اطراف التصرف, ومن ثم يكون معقولاً ان نهتم بالغرض الشخصي الذي يقصدون تحقيقه, هذا الغرض الشخصي هو ما يسمى في مصر وفرنسا(بالسبب القصدي), ويسمى في المانيا (سبب الإضافة إلى الذمة) مع فارق في نطاق التطبيق, فالسبب القصدي يغطي جميع انواع التصرفات القانونية, في حين يقتصر سبب الإضافة إلى الذمة

---

30 - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 87.

31 - فالعمل المادي يختلف عن العمل القانوني, ذلك أن العمل المادي يقع من الانسان باختياره سواء اراد النتيجة التي تترتب عليه أم لم يرد(فالعمل الضار هو عمل مادي اختياري لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية, اما العمل القانوني فليس بعمل مادي بل هو مجرد اتجاه الإرادة لإحداث نتيجة قانونية معينة, فالذي يميز اذن بين العمل المادي والعمل القانوني هو مجرد ارادة تتجه اتجاهاً معيناً . ينظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري, نظرية العقد, الطبعة الثانية الجديدة, ج1, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت – لبنان, 1998م, ص 75.

32 - د. محمود أبو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن), مصدر سابق, ص 169-170.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

على تصرفات الإضافة إلى الذمة, الا انهما يتفقان من حيث الوظيفة القانونية, ويبدأ اختلاف السبب القصدي وسبب الإضافة إلى الذمة باختلاف الجزاء الذي يحمي كل منهما [33].

فالسبب القصدي يحميه جزاء مباشر يختلف عن الجزاء الذي يحمي الإرادة نفسها, ذلك ان الإرادة يحميها جزاء يتدرج بالشدة حسب الاحوال, فانعدام الإرادة جزاؤه البطلان المطلق, ولكن عدم صحتها جزاؤه البطلان النسبي فقط في الحدود المقررة لعيوب الرضا, بينما السبب يحميه جزاء قوي ثابت هو البطلان المطلق في جميع الاحوال سواء أكان الفرض هو انعدام السبب أو عدم صحته أو عدم مشروعيته[34] .

ومهما قيل في عيوب هذا النظام فهو قاطع في ان السبب في القانون العراقي والمصري[35], والفرنسي هو عنصر قائم بذاته إلى جانب الإرادة, له وظيفته الخاصة فيما يتعلق بتكوين التصرف القانوني, ونلاحظ ان موقف المشرع العراقي من نظرية السبب هو أن النص ذكر السبب دون أن يعين هل المراد به المعنى الضيق الذي تفهمه النظرية التقليدية في السبب أو المعنى الواسع(أي الباعث الدافع) المفهوم للنظرية الحديثة للسبب, وقد عمد المشرع العراقي إلى هذه الصياغة المرنة حتى يأخذ القضاء العراقي بكل من النظريتين, فيفهم السبب بالمعنى الضيق وفقا للنظرية التقليدية ثم يفهمه بالمعنى الواسع المفهوم في النظرية الحديثة[36] .

أما سبب الإضافة إلى الذمة فله شأن أخر, اذ لم يأت له ذكر بين العناصر الضرورية لتكوين التصرف في القانون الألماني, فشروط تكوين التصرف في هذا القانون تتمثل بالشكل اذا تم النص عليه, والأهلية, وأن يكون اعلان الإرادة متفقاً مع الإرادة الحقيقية, وأن يكون مضمون اعلان الإرادة ممكناً مشروعاً, تلك هي كل الشروط المطلوبة ولم تتم الإشارة إلى السبب بكلمة واحدة, فضلاً عن ذلك فأن احوال البطلان فيما يخص الشروط المذكورة انفاً تنصب على الإرادة وليس فيها حالة تخص السبب, بيد أن الفقه الألماني يؤكد أن تصرفات الإضافة إلى الذمة اذا كانت مقيدة وجب أن تستند إلى

---

33 - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 90.
34 - د. محمود أبو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن), مصدر سابق, ص172.
35 - حيث نصت المادة (132) من القانون المدني العراقي النافذ رقم (40) لسنة 1951 المعدل على ان " 1 – يكون العقد باطلاً اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام او للآداب, 2 – ويفترض في كل التزام ان له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك, 3 – اما اذا ذكر سبب في العقد فيعتبر انه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك). يقابلها نص المادة (137) من القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 والتي نصت على ان (١- كل التزام لم يُذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. 2- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدّعي أن للالتزام سبباً أخر مشروعاً أن يُثبت ما يدّعيه).
36 - د . حسن علي الذنون, النظرية العامة للالتزام ، مصدر سابق, ص 124- 125.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

سبب صحيح, ويترتب على تخلف هذا العنصر(السبب الصحيح) تعطيل اثار التصرف[37]. ويقف المذهبان الحنفي والشافعي من فكرة السبب موقفاً يشبه موقف القانون الألماني منه, ففي هذين المذهبين لا يعتد بالباعث أو السبب الا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة, فأن لم يتضمنه التعبير فلا يعتد به[38].

مما تقدم نستنتج بأن السبب القصدي يختلف عن سبب الإضافة إلى الذمة من حيث الوظيفة القانونية لكل منهما، فالسبب القصدي له وظيفة قانونية تكمن في تكوين التصرف وبذلك فهو عنصر قانوني قائم بذاته مستقل عن الإرادة، وفي حال تخلفه يكون جزاءه هو البطلان المطلق. اما سبب الإضافة إلى الذمة فليس له وظيفة قانونية مستقلة ولا يعد عنصراً قانونياً قائماً بذاته، لأنه لا يؤخذ في القانون الألماني الا على انه عنصراً داخلاً في مضمون الإرادة، تلك الإرادة التي تعد وحدها العنصر القانوني اللازم لوجود التصرف القانوني في القانون الألماني.

المطلب الثاني

تطبيقات الإضافة إلى الذمة في نطاق التصرف القانوني

تنشأ الحقوق المالية وتنتقل وتنقضي بمقتضى الوقائع القانونية، والواقعة القانونية اما أن تكون عملاً ارادياً أو واقعة غير ارادية، والعمل الارادي أما أن يكون تصرفاً قانونياً كالبيع والوصية أو عملاً مادياً كالفضالة وبناء شخص بأدواته في ارض الغير.

وفي هذا السياق ذهب جانب من الفقه الألماني والمتمثل بالفقيه (بيكر) بالقول إن الإضافة إلى الذمة تستعمل في المعاني الاتية:

1- تستعمل الإضافة إلى الذمة معنى ضيق تطلق على التصرفات القانونية التي يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى اخرى.
2- وعلى معنى أوسع تطلق على كل انتقال لحق وقع باختيار المتصرف ولو تم ذلك بطريق غير التصرف القانوني كالغراس والبناء في ارض الغير.
3- وعلى معنى اكثر اتساعاً تطلق الإضافة إلى الذمة على كل عمل مشروع قصد به من عمله ان يقدم به منفعة تقدر بالمال على ان يقدمها فعلاً لشخص أخر[39].

وتطبيقًا للمعان المتقدمة لتطبيقات الإضافة إلى الذمة يشترك المعنى الاول والثاني بأن الإضافة إلى الذمة تكون في ذاتها انتقال حق من ذمة إلى اخرى, فهي تفترض تعديلاً في محتويات ذمتين, احدهما تثري على حساب الاخرى, ويختلف المعنى الاول عن المعنى الثاني بأنه طبقًا للأول

---

37 - د. مرتضى جمعة عاشور, مصدر سابق, ص 93.
38 - د . حسن علي الذنون, النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق, ص 124.
39 - د. محمود ابو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن),مصدر سابق, ص 152.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يجب ان يتم انتقال الحق بمقتضى تصرف قانوني, بينما على المعنى الثاني يكفي ان يقع بمقتضى عمل ارادي سواء أكان تصرفاً قانونياً أم عملاً مادياً, اما المعنى الاخير فيشترك مع المعنى الثاني في توسيع مصادر الإضافة إلى الذمة لتشمل الإعمال الارادية المشروعة جميعاً, ولكنهما يختلفان من حيث انه على المعنى الاخير للإضافة إلى الذمة بأنها لا تقتصر على الحالة التي ينتقل فيها حق من ذمة إلى اخرى, بل تتوافر بمجرد أن يحصل شخص منفعة مقدرة بالمال بناءً على عمل ارادي صادر من شخص اخر بغير حاجة إلى أن يقع تعديل مقابل في ذمة من صدر منه العمل الإرادي, وعلى ذلك تشمل الإضافة إلى الذمة فضلاً عن حالة انتقال الحق حالة الإثراء الذي يتحقق على أثر نشاط صاحب العمل الإرادي فالطبيب الذي يشفي مريضاً, والمعلم الذي يثقف تلميذاً يترتب على عملهما اضافة إلى ذمة المريض أو التلميذ بالرغم من ان حقاً لم ينتقل من ذمتهما إلى ذمة اخرى [40] .

ويعبر الفقيه الالماني(فونتور)- وهو أكثر الفقهاء الالمان عناية بفكرة الإضافة إلى الذمة- عن تطبيقات الإضافة إلى الذمة بأن الإضافة إلى الذمة هي عمل يقدم به شخص (أ) منفعة مالية إلى شخص أخر (ب), وهذه المنفعة ممكن ان تكون زيادة في الثروة أو منع نقص فيها, والإضافة إلى الذمة تقع عادة بمقتضى تصرف قانوني من اعمال التصرف كنقل الملكية والحوالة والابراء والتنازل عن حق عيني, أو عمل يصبح به (أ) مدينًا لـ (ب), وعادة يجب ان يبرم (أ) عقداً مع (ب), ولكن احياناً يستطيع(أ) أن يستغني عن معاونة (ب) كأن يتنازل عن حق له على شيء مملوك لـ(ب) أو يأتي عملاً ينقل ملكية إلى (ب) أو يزيد في قيمة شيء يملكه بطريق التعاقد مع شخص ثالث, ويستطيع(أ) كذلك ان يقدم منفعة إلى (ب) بأن يدفع ديناً عليه, أو يتحمله عنه, أو يبرم مع (ج) يصبح به (ب) دائناً لـ (ج), واحياناً تختلف طبيعة التضحية التي يقدمها (أ) عن طبيعة المنفعة التي حصل عليها (ب), ففي الاشتراط لمصلحة الغير ما يقدمه (ب) قد يختلف في ذاته أو في مداه عن الدين الذي انشأه (أ) لصالح (ب)[41].

وبذلك لا يجوز اعتبار الالتزام مجرداً من سببه، في كل صور العلاقات الثلاثية، التي يكون فيها سبب التزام المدين خارجيًا عن علاقته بالدائن ومتصلاً بعلاقة له بشخص ثالث، كما في الاشتراط لمصلحة الغير، فأن سبب التزام المتعهد قِبل المنتفع هو الالتزام الذي تعهد به المشترط

---

[40] - د. مرتضى جمعة عاشور, استقرار التصرف التجاري, مصدر سابق, ص 95.
[41] - نقلاً عن د. محمود ابو عافية, التصرف القانوني المجرد(النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن), مصدر سابق, ص 154-155.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

قبله، فالسبب أذن لا يوجد في علاقة المدين (المتعهد) بدائنه (المنتفع)، بل هو قائم في علاقته بشخص ثالث هو المشترط، ومع ذلك، فللمتعهد ان يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع التي تنشأ عن الاشتراط لمصلحة الغير، فاذا كان التزام المشترط باطل، جاز للمتعهد ان يتمسك بعدم وجود سبب لالتزامه قبل المنتفع[42] .

الخاتمة

وفي ختام البحث وبعد استعراض المفاهيم الأساسية المرتبطة بسبب الإضافة إلى الذمة، وتحليل الآراء الفقهية والتشريعية التي تناولت طبيعته، ومناقشة التطبيقات العملية له في القوانين الوضعية، توصلنا إلى اهم النتائج والمقترحات وكما يأتي:

الاستنتاجات:

1- يقصد بالإضافة إلى الذمة بأنها منفعة مالية أو اثراء يتحقق لصالح شخص معين بمقتضى عملاً اراديًا مشروع سواء أكان تصرفًا قانونيًا أم عملاً ماديًا يصدر من المفتقر.
2- ان فكرة الإضافة إلى الذمة لا تتم لذاتها وإنما تقع بقصد الوصول إلى غرض يمكن أن يكون بدوره وسيلة إلى غرض اخر.
3- سبب الإضافة إلى الذمة عند الألمان هو السبب في الإثراء، بيد أن الإثراء فكرة أوسع من فكرة الإضافة إلى الذمة.
4- سبب الإضافة إلى الذمة ذو طبيعة شخصية ما دام مرتبطًا بالإرادة الخاصة بعده الغرض المباشر الذي تتجه أليه الإرادة، ولكن ليس اي غرض تتجه أليه الإرادة بل هو الغرض المباشر فقط والذي يقتصر في نهاية المطاف على أن يكون أحد اغراض ثلاث تتمثل ب (الوفاء والادانة والتبرع).
5- سبب الإضافة إلى الذمة هو السبب في الإثراء في الاحوال التي يقع فيها الإثراء بناءً على عمل ارادي مشروع صادر من المفتقر.
6- لا فرق في الطبيعة بين سبب الإضافة إلى الذمة والسبب القصدي كونهما عنصر شخصي وهو الغرض الذي تتجه أليه الإرادة الخاصة.
7- ان اوسع نطاق لتطبيق فكرة السبب القصدي لا يتجاوز حدود التصرفات القانونية، أما سبب الإضافة إلى الذمة فنطاق تطبيقه يتفق مع السبب القصدي فيما يتعلق بالتصرفات القانونية التي تتضمن اضافة إلى الذمة كالبيع والوصية.

---

[42] - علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية, مصدر سابق, ص 135-137. متاح على الموقع الالكتروني (المرجع الالكتروني للمعلوماتية) https://almerja.com/reading.php?idm=150896, تاريخ الدخول 2025/9/6, ساعة الدخول 10:17 صباحًا.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

8- ان النظرية الألمانية للإثراء بلا سبب تأخذ السبب القانوني على معنيين، فاذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً اخذته على معنى الغرض الشخصي الذي يقصده المفتقر، أما إذا كان مصدر الإثراء واقعة قانونية اخذته بمفهوم السبب المنشئ ومرجعه ارادة القانون.

9- الخطأ في النظرية الألمانية انها مَدت فكرة السبب بمعنى الغرض إلى الإعمال المادية التي تترتب عليها أضافة إلى الذمة، فهذه الإعمال مع كونها أعمال ارادية مشروعة فأنها لا تنشئ اثاراً قانونية ارادية، اي أن اثارها لا تترتب لأنها أريدت من جانب الفرد الذي قام بالعمل، بل تترتب بناءً على ارادة القانون بغض النظر عن الإرادة الخاصة، وبذلك نستبعد فكرة سبب الإضافة إلى الذمة من نطاق الإعمال المادية.

10- يختلف السبب القصدي عن سبب الإضافة إلى الذمة من حيث الوظيفة القانونية لكل منهما، فالسبب القصدي له وظيفة قانونية تكمن في تكوين التصرف وبذلك فهو عنصر قانوني قائم بذاته مستقل عن الإرادة، وفي حال تخلفه يكون جزاءه هو البطلان المطلق. أما سبب الإضافة إلى الذمة فليس له وظيفة قانونية مستقلة ولا يعد عنصراً قانونياً قائماً بذاته، لأنه لا يؤخذ في القانون الألماني الا على انه عنصراً داخلاً في مضمون الإرادة، تلك الإرادة التي تعد وحدها العنصر القانوني اللازم لوجود التصرف القانوني في القانون الألماني.

المقترحات:

1- لأهمية الإثراء بلا سبب ندعو المشرع العراقي إلى استنباط مواد قانونية تختص في كيفية تقديره، ووقت تقدير الإثراء والافتقار كما نظمها المشرع الاردني.

2- نقترح على المشرع العراقي بأن يضع حداً قانونياً للأهلية الواجبة في الإثراء بلا سبب وعدم تركها كونه لم يحدد الأهلية اللازمة وفق المادة (243) واكتفى بالشخص غير المميز.

المصادر والمراجع

- **الكتب القانونية:**

1- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 2005م.
2- د. أسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبه للنشر، عابدين – مصر، 1966م.
3- د. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية – مصر، 2005م.
4- د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (في مصادر الالتزام)، الدار الجامعية, 1988م.
5- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، مصر، 1997م.
6- د. حسن علي الذنون, النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام، الجامعة المستنصرية، بغداد ، 1976 م.
7- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المدخل للعلوم القانونية، ط6, ج1، مطبعة السلام، مصر، دون سنة طبع.

8- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، ط1, مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية, 2009م.
9- د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة, 1952م.
10- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية الجديدة، ج1, منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان, 1998م.
11- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام)، ج1, المجلد 2, ط3, منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت, 2005م.
12- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة, 2009م.
13- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام، ط1، الذاكرة للنشر والتوزيع، بغداد، 2011 م.
14- د. محمد لبيب شنب، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مؤسسة الرضا للطباعة والتوريدات، مصر, 1992م.
15- د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978م.
16- د. مرتضى جمعة عاشور، استقرار التصرف التجاري، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير في المرحلة التحضيرية، كلية القانون – جامعة ذي قار, 2014م.
17- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين العربية والاجنبية- معززًا بآراء الفقه واحكام القضاء)، ط1, دار ئاراس للطباعة والنشر، اربيل –العراق, 2006م.

الرسائل والاطاريح الجامعية:

1- علي محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد (النظرية العامة والتطبيقات في القانون المصري المقارن)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة فاروق الاول، مطبعة جامعة فؤاد الاول، القاهرة, 1947م.
2- حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون- جامعة كربلاء, 2014م.

البحوث القانونية:

- د. يونس صلاح الدين علي، شبه العقد في القانون الانكليزي (دراسة مقارنة بالمدفوع دون حق في القانون المدني العراقي)، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون – جامعة بغداد، العدد الاول, 2021م.

مواقع الانترنت:

- الموقع الالكتروني https://almerja.com/reading.php?idm=150896 (المرجع الالكتروني للمعلوماتية).

- **القوانين:**

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.
3- القانون المدني الالماني لسنة 1900.
4- القانون المدني الفرنسي لسنة 1906.

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

حَقُّ المُسَاطَحَةِ وَأَثَرُهُ عَلَى حُقُوقِ مَالِكِ الأَرْضِ

(دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)

The Right of Musataha and Its Impact on Owners' Rights

(A Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence)

م.م مريم جمال جاسم *
جامعة المثنى/ كلية القانون

م.م حسن كاظم عباس*
جامعة المثنى/ كلية القانون

تاريخ الإرسال: 2025\9\16	تاريخ القبول: 2025\10\20	تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

يعد حق المساطحة من الحقوق العينية الواردة على العقار والمتفرعة عن حق الملكية والذي يمكن اكتسابه عن طريق العقد المبرم بين اطرافه وعليه فإن العقد يترتب عليه التزامات وحقوف بذمة العاقدين ويمنح صاحبه السلطات الممنوحة لمالك الارض المساطح بها ، فهذا الحق يتطلب نشو ء ملكيتين الأولى لمالك الأرض والثانية لمالك المحدثات المقامة فيكون للعقار الواحد مالكان وانطلاقا من أهمية الموضوع فقد تطرقت إليه القوانين من خلال إيراد نصوص تشريعية تتعلق بأحكامه وما ينشأ عنه من حقوق والتزامات ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والقانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1947 والقانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949 والقانون المدني الجزائري لسنة 1975 والقانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002هذا من جانب ومن جانب آخر فقد تطرق الفقه الاسلامي اليه تحت مسميات مختلفة واحتوى على كتب فقهية تتضمن أحكامه ولمعرفة كل ما يتعلق به من احكام ومدى تأثر مالك العقار المساطح به بنشوء هذا الحق ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي تم تقسيم هذا البحث الى مبحثين الاول لتوضيح معناه اللغوي والاصطلاحي وأركانه وتكييفه الفقهي والقانون والثاني لتبيان تأثر سلطات مالك الأرض بهذا الحق وأنهينا البحث بخاتمة اشتملت جملة من النتائج والتوصيات .

الكلمات المفتاحية: حق المساطحة، الفقه الإسلامي، حقوق المالك

Abstract

It can be acquired through a contract concluded between the parties. Accordingly, the contract entails obligations and rights for the contracting parties and grants the holder the same powers as the owner of the land subject to the musataha. This right gives rise to two forms of ownership: the first for the owner of the land and the second for the owner of the newly constructed buildings, such that a single property has two owners. Given the subject's importance, the laws have addressed it through legislative provisions and the rights and obligations that arise from them. Among these laws is the Iraqi Civil Law No. (40) of 1951, the Jordanian Civil Law No. (43) of 1976, the Egyptian Civil Law No. (131) of 1947, the Syrian

* Email : mariam.jamal@mu.edu.iq
* Email : Hassan.kasem@mu.edu.iq

Civil Law No. (84) of 1949, the Algerian Civil Law of 1975, and the Yemeni Civil Law No. (14) of 2002. On the other hand, Islamic jurisprudence has addressed it under different names and includes books of jurisprudence that contain its rulings. To know all the rulings related to it and the extent to which the owner of the flat property is affected by the emergence of this right, and to compare it with what is stated in Islamic jurisprudence. This research is divided into two sections. The first explains its linguistic and technical meaning, its pillars, and its legal and jurisprudential interpretation. The second describes the impact of this landowner's powers. We present a conclusion that summarizes the findings and recommendations.

Keywords: Right of Superficies, Islamic Jurisprudence, Rights of the Owner

مقدمة

إن حق المساطحة يعتبر من الحقوق العينية الواردة على العقار والمتفرعة عن حق الملكية والذي يمنح صاحبه السلطات الممنوحة بموجب حق الملكية والمقررة بموجب القانون ومن خلالها يستطيع صاحب هذا الحق التصرف به واستغلاله واستعماله ويمكن تعريف هذا الحق بأنه اتفاق بين مالك الأرض والمساطح بإقامة ابنية ومنشآت على ارض الغير بموجب هذا الاتفاق المبرم بينه وبين المالك فهذا الحق يقتضي قيام ملكيتين مختلفتين الاولى لمالك الأرض والثانية لمالك الابنية والمنشآت إذ يكون للعقار الواحد مالكان فضلا لأهمية هذا الحق من الناحية الاقتصادية والتي تتجلى في رغبة اصحاب رؤوس الاموال في استثمارها والاستفادة منها في المجالات المختلفة وان اهم مجال لاستثمارها يتم من خلال الاتفاق مع مالكي الاراضي بإقامة الابنية والمنشآت مثل المصانع والفنادق وغيرها من المحدثات بما يحقق مصالحهم من ناحية والسعي للنهوض بالواقع الاقتصادي للبلد من ناحية ثانية عندما ترد المساطحة على العقارات المملوكة للدولة وعليه فأن حق المساطحة يجعل من مالك الابنية والمنشآت بمنزلة مالك العقار فهل يحد هذا الحق من جميع السلطات التي يتمتع بها مالك الأرض ومن هنا تظهر اهمية دراسة هذا الموضوع ولهذا نلحظ ان القوانين تطرقت اليه من خلال ايراد نصوص تشريعية في قوانينها تتعلق بأحكام هذا الحق واطرافه وما ينشأ عنه من التزامات ومن هذه القوانين القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1947 القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951النافذ والقانون المدني السوري رقم(84) لسنة 1949 والقانون المدني الجزائري لسنة 1975والمشرع الاردني في القانون رقم (43) لسنة 1976النافذ والقانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 وبما ان الفقه الإسلامي تطرق الى هذا الحق تحت مسميات مختلفة والتي ترد على أرض الوقف وعلى كتب فقهية يمكن الرجوع اليها لتبيان احكامه

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ولمعرفة ما ورد من أحكام بشأنه في الفقه الاسلامي ومقارنتها مع الاحكام الواردة في القوانين الوضعية استلزمت مقدمة البحث ان تكون بالشكل الآتي :

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في دراسة حق من الحقوق العينية في القانون المدني العراقي الذي ينشأ بموجب اتفاق بين مالك الارض والمساطح والذي ينتج عنه التزامات وحقوق في ذمة الاطراف وما لهذا الحق من تأثير على سلطات مالك العقار المساطح به ومقارنتها مع ما ورد في الفقه الاسلامي من احكام بشأنه .

منهجية البحث : اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص التشريعية المتعلقة بحق المساطحة في القانون المدني العراقي ومقارنتها بالنصوص القانونية في القوانين الاخرى من جهة والفقه الإسلامي من جهة اخرى وبيان كل فكرة وتوضيحها مركزين على ما لدى المشرع العراقي والأردني من قواعد تشريعية تتعلق بالموضوع.

اهمية البحث : تتمثل أهمية البحث لما لحق المساطحة من اهمية من الناحية القانونية والاقتصادية بما يسهم في استثمار الاموال وتوظيفها لرفع مستوى التنمية الاقتصادية للبلد من خلال المزايا التي يمنحها هذا الحق للمساطح بالإضافة الى اثبات مشروعيته في الفقه الاسلامي ومقارنته مع القانون الوضعي.

خطة البحث : تم التطرق الى موضوع البحث من خلال تقسيمه الى مبحثين تضمن المبحث الأول تحديد التعريف اللغوي والاصطلاحي لحق المساطحة بالإضافة الى توضيح أركانه وتكييفه الفقهي والقانوني أما المبحث الثاني فعني بتوضيح تأثير حق المساطحة على سلطات مالك الأرض والذي بدوره تضمن المركز القانوني لمالك الارض المساطح بها ومصير المحدثات المقامة من قبل المساطح ثم التطرق الى فلسفة المشرع العراقي في أحقية صاحب الأرض بتملك المحدثات المقامة من قبل المساطح.

المبحث الاول

مفهوم حق المساطحة

إن دراسة وبحث أي موضوع يتطلب تحديد تعريف جامع ومانع له ليتسنى لنا معرفة الأحكام المتعلقة به من ناحية تحديد طبيعته وأركانه والاثار المترتبة عليه وبما إن حق المساطحة يعد من الحقوق الواردة على العقار والتي قد تؤثر على السلطات الممنوحة للمالك بموجب حق

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الملكية وعلى ضوء ذلك سنتناول في هذا المبحث الذي تم تقسيمه الى مطلبين خصص الأول لتحديد تعريف الحق وأركانه والثاني لتكييف حق المساطحة وسيتم التطرق الى هذه المسائل بالتفصيل الآتي:

المطلب الأول
ماهية حق المساطحة واركانه

إن تعريف حق المساطحة يستلزم توضيح الدلالة اللغوية والاصطلاحية لهذا الحق ليتسنى لنا معرفة كل ما يتعلق به من أحكام وعقد المساطحة كأي عقد لابد لانعقاده صحيحا أن تتوفر به مجموعة من الأركان نصت عليها القوانين المدنية لكل الدول والتي بدونها لا يمكن أن ينعقد العقد وعليه سوف يتضمن هذا المطلب تبيان معنى المساطحة في الفرع الاول أما الفرع الثاني فخصص لتوضيح أركان العقد.

الفرع الأول
تعريف حق المساطحة

إن لمفردة المساطحة في اللغة معان كثيرة فأصل كلمة مساطحة هي (سطح) ، يسطح سطحا ، والسطح يعني بسط الشيء ومده او هو الشيء على وجه الارض وسطح كل شيء أعلاه وانسطح الشيء بمعنى انبسط[1] . ويقال ان الارض مساطحة أي لا يوجد بها مرعى ، لذا يمكن تشبيهها بالبيوت المسطوحة ، والسطح هو ما تكون كل اجزائه متساوية فظهر البيت يسمى سطحا اذا كان مستويا ، ويقال انسطح الرجل بمعنى امتد على قفاه ولم يتحرك[2].اما فيما يخص المعنى الاصطلاحي لمفردة المساطحة فلابد من تحديد المعنى التشريعي لها ثم التطرق الى المعنى الشرعي .

فبالنسبة للمعنى التشريعي فقد تطرق المشرع العراقي الى المساطحة باعتبارها من الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية[3] وذكر تعريفا لها بأنها حق عيني يمنح صاحبه اقامة ابنية ومنشآت غير الغراس على ارض مملوكة لشخص أخر بموجب اتفاق بينه وبين مالك الارض ويحدد الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته[4] . اما المشرع الاردني فقد

---

(1) أحمد ابن زكريا ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ،ج3، ط1، تحقيق عبد السلام محمد ، دار الفكر للنشر ، بلا مكان نشر ، 1979م، ص72.
(2) محمد ابن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرسالة للنشر _ الكويت ، 1983م، ص298
(3) وهذا ما أشارت له المادة (68) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 بقولها ان" الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف والعقر والاستعمال والسكنى والمساطحة "
(4) المادة (1266) من القانون المدني العراقي المعدل

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

تطرق الى المساطحة تحت تسمية حق القرار في المادة (1225) التي بينت ان حق المساطحة من الحقوق العينية التي تمنح صاحبها الحق في اقامة الابنية والغراس على ارض الغير ، وقد أشار المشرع المصري الى حق المساطحة وعرفه بحق الحكر وهو احد الحقوق المتفرعة عن حق الملكية والذي بمقتضاه يملك المحتكر حق عيني على ارض موقوفة يخوله الانتفاع بإقامة ابنية او من اجل غرسها [5] ، اما في القانون النافذ فنظم المشرع المصري حق الحكر دون التطرق الى تعريفه واكتفى بذكر أحكامه أما المشرع اليمني فقد ورد في القانون المدني حق المساطحة تحت تسمية حق القرار والذي أعطى تعريف دقيق له بأنه حق عيني يخول صاحبه اقامة الابنية والغراس في أرض الغير في حين اطلق المشرع السوري على تسمية حق السطحية وذكر تعريفا له بانه الحق الذي يخول المالك الحق في اقامة الابنية والمنشآت والغراس على ارض الغير [6] ، أما المشرع الجزائري فقد أشار الى الحقوق العينية الاصلية المتفرعة عن حق الملكية تحت مسمى تجزئة حق الملكية ومن بين هذه الحقوق حق الانتفاع والذي يعرفه بانه حق عيني يرد على شيء مملوك للغير بقصد استعماله واستغلاله [7] .

ومما تجدر الاشارة اليه الى ان النصوص التشريعية التي تطرقت الى تعريف حق المساطحة بعضها شمل الغراس والبناء وهذا ما نهجه المشرع المصري والاردني والسوري واليمني أما المشرع العراقي فقصر حق المساطحة على الابنية والمنشآت دون الغراس.

ويرى الدكتور حسن الذنون ان هناك سببين دفعا المشرع العراقي الى استبعاد الغراس من نطاق حق المساطحة

الاول: - إن الغراس لا يبقى على الارض إلا لفترة قصيرة مقارنة بمدة حق المساطحة المحددة بالقانون على اعتبار إن إنشاء حق المساطحة يكون لفترة طويلة

(5 إن التعريف المذكور في متن البحث هو ما ورد في مشروع القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

(6) وهذا ما وضحته المادة (1333) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 المعدل ويقابلها نص المادة (994) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.

(7) جبار جميلة ، حق الانتفاع دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة البليدة ، الجزائر ، 2011م ، ص 52.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الثاني :- المشرع العراقي لم يغفل تنظيم الاحكام المتعلقة بعقد المغارسة[8] والتي يمنح فيها الحق للشخص بإقامة الغراس على أرض الغير لمدة معلومة والذي يعتبر نوعا من أنواع الإيجار [9].

أما فيما يتعلق بالدلالة الشرعية لحق المساطحة ان هذا الحق لم يكن معروفا في الشريعة الاسلامية بل ان هناك حق أخر شبيه لحق المساطحة ألا وهو عقد الإجارة الطويلة الذي يرد على الاموال الموقوفة فقد أجاز الفقه الاسلامي إحداث الأبنية والغراس في أرض الغير الموقوفة إن فكرة إيجار العقارات الموقوفة إجارة طويلة بمرور الوقت تحولت الى عقود أخذت تسميات متعددة منها عقد المساطحة وعقد الحكر وعقد الاجارتين [10]. إلا إن عقد الحكر هو الاقرب لحق المساطحة والذي هو نوع من أنواع عقود الاجارة الطويلة والمراد منه " استبقاء الأرض مقررة للبناء او الغراس أو لأحدهما " [11].

ويعرف البعض حق الحكر بأنه حق قرار على أرض الوقف بإجارة مديدة بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجهة الوقف مبلغ معجل يقارب قيمة الأرض ، ويرتب مبلغ سنوي اخر لجهة الوقف وله الحق في الانتفاع بها بالبناء والغراس [12]. يتضح لنا من خلال بحث الدلالة اللغوية والاصطلاحية لحق المساطحة ان المعنى اللغوي لهذه المفردة ينصرف الى استواء الارض او السطح والذي له علاقة واضحة بالمدلول الاصطلاحي فبالعودة الى تعريف القوانين الوضعية الى حق المساطحة نرى ان التشريعات قد اطلقت تسميات متعددة على هذا الحق فمنهم من اسماه بحق السطحية او المساطحة وهذا ما اشار له المشرع السوري والمشرع العراقي ومنهم من اسماه بحق القرار وهذا مما انتهجه المشرع اليمني والمشرع الاردني اما المشرع المصري فعرفه بحق الحكر في حين نظمه المشرع الجزائري من ضمن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية تحت مسمى حق الانتفاع .

---

(8) وهذا ما أشارت له المادة (824) من القانون المدني النافذ بقولها " عقد على إعطاء أحد أرضه الى أخر ليغرس فيها أشجارا معلومة ويقوم بترتيبها مدة معلومة على أن تكون الاشجار و الأرض أو الاشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة " .

(9) د حسن علي الذنون ، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية ، شركة الرابطة للنشر ، بغداد ، 1954م ، ص35.

(10) وليد محمد الشيبي ، حق المساطحة والقرار والانتفاع والحكر في الفقه والقوانين المقارنة ، مكتبة صباح للنشر ، بغداد ، 2019م ، ص17.

(11) محمد أمين ابن عمر إبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج4، دار الكتب العلمية للنشر ، بلا مكان نشر ، 1996م ، ص391.

(12) د مصطفى الزرقا ، أحكام الاوقاف ، دار عمان للنشر ، الاردن ، 1998م، ص 52.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

نستنتج مما سبق ذكره ان الحق في اقامة البناء والغراس الوارد في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ما هو الا حق المساطحة الذي يرد على الاراضي المملوكة لشخص او لجهة معينة يمنح صاحبه حق البناء والغراس مقابل عوض مالي يدفع لصاحب الارض.

الفرع الثاني

أركان حق المساطحة

بما ان حق المساطحة ينشأ بموجب العقد المبرم بين مالك الارض وصاحب الحق فإن لانعقاده صحيحا لا بد من وجود مجموعة من الاركان التي يمكن اعتبارها من مقومات العقد والتي بدونها لاوجود للعقد واركان العقد عند الفقهاء هي الصيغة التي تتضمن الايجاب والقبول ومحل العقد والعاقدان [13].

أما في القانون الوضعي فتتمثل اركان العقد بالرضا والمحل والسبب ويضاف لها ركن أخر يطلق عليه ركن الشكل إذا كان العقد واردا على عقار وعليه سنستعرض هذه الاركان كالاتي:

ـ

اولا: الرضا

ان الاصل في العقود المبرمة بين الطرفين هو مبدأ الرضائية وأصل هذا المبدأ وارد في القران الكريم في قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض" [14] ، وانطلاقا من هذا المبدأ نصت القوانين الوضعية على توفر الرضا كركن من أركان العقد ولكن الرضا يعتبر من الأمور الخفية فلابد من وجود ما يعبر عنه ألا وهو الإرادة [15]، فالإرادة تعني التصرف القانوني المتجه إلى إحداث أثر قانوني ألا وهو انشاء الالتزام [16] .

فمصطلح التراضي ما هو الا تطابق ارادتي أطراف العقد على انشائه وترتيب أثاره ويتحقق بتوافق الإيجاب مع القبول [17]، وإن الرضا بالمعنى المذكور لا يمكن اعتباره إلا إذا صدر من شخص متمتع بالأهلية [18] وغير مشوب بعيب من عيوبها ففي عقد

---

(13) محمدأبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي للنشر ، القاهرة ، 1996م، ص173.
(14) القران الكريم، سورة النساء ، الآية :29.
(15) حنان عوض ، حق المساطحة وتطبيقاته (دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاردني)، ط1، وزارة الثقافة ، الاردن ، 2024م ،ص71.
(16) د عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النهضة العربية _ القاهرة ، 1966م ، ص48_49 .
(17) د غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1970م ، ص 50.
(18) إن معنى الأهلية ينصرف الى صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا . نقلا عن د عبد المجيد الحكيم وأخرون ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج1، وزارة التعليم العالي العراقية ، 1980م ، ص 64.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المساطحة ينعقد العقد باتفاق بين مالك الأرض والمساطح وان تتجه ارادتهما الى ترتيب الأثر القانوني وهذ ما أشارت له المادة 1266 سابقت الذكر من القانون المدني العراقي "باتفاق بينه وبين مالك الأرض" .

ثانيا: المحل

ان المقصود من المحل بوصفه ركنا في العقد فلا يمكن عد العقد صحيحا ومنعقدا بدونه والذي يمكن تعريفه "الشي الذي يلتزم المدين القيام به وهو إما نقل حق عيني أو القيام بعمل او الامتناع عن القيام بعمل [19] .

فمحل العقد هو ما يرد عليه العقد ويثبت أثره فيه فمحل عقد المساطحة ما يرد عليه عقد المساطحة وطبقا للقوانين الوضعية المدنية فإنه يرد على أرض مملوكة للغير بقصد الانتفاع بها فهو حق عيني يرد على العقارات دون المنقولات وهو بهذا الوصف تنحصر ملكية المساطح بما يحدثه على سطح الأرض من الأبنية والمنشآت فمن يملك الحق العيني يمارس حقه على الشيء محل الحق دون الحاجة إلى تدخل طرف أخر وبموجب هذه السلطة يكون له حق الاستعمال والاستغلال والتصرف المادي بما يحدثه على سطح الأرض[20].

ولا يجري عقد المساطحة إلا على أرض فقد نص القانون المدني العراقي إن حق المساطحة يخول صاحبه إقامة البناء والمنشآت على أرض الغير فمصطلح أرض الغير ينصرف الى أي أرض ليست ملكا لصاحب حق المساطحة [21] ، وذات المعنى أشار له المشرع الأردني في المادة 1225 والمشرع السوري في المادة 994 والمشرع اليمني في المادة 1333 والمشرع المصري في المادة 1002 المشار اليهم سابقا.

ثالثا: السبب

إن السبب [22] يعتبر من أركان انعقاد العقد له معنين الأول : الغرض المباشر الذي يرمي المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه وهو ما يسمى سبب الالتزام وهو واحدا في كل

---

(19) د عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007م ، ص180.
(20) حنان عوض ، المصدر السابق ، ص73.
(21) ينظر المادة (1226) من القانون المدني العراقي المعدل .
(22) يعرف السبب عند فقهاء الشريعة الاسلامية " كل وصف منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرف للحكم الشرعي ويكون شاملا لجميع أبواب الفقه كالعبادات والعقوبات والمعاملات والمناكحات " ، ينظر محمود المظفر ، نظرية العقد ، ط3، دار حافظ للنشر ، بلا مكان نشر ، 2011م، ص245.

العقود أما الثاني: الدافع الباعث إلى التعاقد أي الغاية التي يقصد المتعاقد الوصول اليها من جراء العقد ويسمى سبب العقد وهو يختلف من عقدا لأخر (23) .

واستنادا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة لابد من وجود سبب مشروع غير مخالف للنظام العام والآداب العامة واذا لم يذكر في العقد فأن القانون يفترض وجوده ما لم يقم الدليل بخلافه (24) فالسبب من ابرام عقد المساطحة بالنسبة للمساطح هو الانتفاع بالأرض محل العقد وبالنسبة للمالك الحصول على الأجرة المتفق عليها في العقد أو الحصول على ملكية ما أحدثه المساطح على الأرض من أبنية ومنشآت .

رابعا: التسجيل

يطلق على مصطلح التسجيل في الفقه الإسلامي الوثيقة أو الحجة فقد اتفق الفقهاء على جواز الاعتماد على الوثيقة أو الحجة الصحيحة في إثبات أي حق من الحقوق لأن الكتابة تعتبر من أقوى وسائل إثبات الحقوق (25) . وما يقابل الحجة في القانون الوضعي التسجيل فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة(1226) من القانون المدني العراقي إن عقد المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري وأيضا أشار الى هذا المعنى قانون التسجيل العقاري في المادة (229) ف1 التي دلت على إن " ينشأ حق المساطحة على الارض التي تم وقفها وقف صحيح او العائدة ملكيتها لشخص ما ويسجل اتفاق بين مالك الأرض والمساطح في السجل العقاري (26) .

وما دمنا قد اعتبرنا التسجيل ركنا في العقد فأن الأثر المترتب على مخالفة هذا الركن هو بطلان العقد وعليه فأن عقد المساطحة الغير مسجل في دائرة التسجيل العقاري يعتبر عقدا باطلا وهذا ما وضحه منطوق المادة (137) في الفقرة الثالثة من القانون المدني

(23) د أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام) ، دار العلم للثقافة والنشر ، بلا مكان نشر ، 2003م ، ص127.
(24) وهذا ما أشارت له المادة (132) من القانون المدني العراقي النافذ التي تنص على انه " ف1: يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام والآداب العامة ف2: ويفترض في كل التزام إن له سبب مشروع ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك " .
(25) ينظر فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ،ج4 ،ط1، المطبعة الكبرى الاميرية _ القاهرة ، 1313ه، ص184.
(26) قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43لسنة 1971.

العراقي التي تطرقت إلى معنى العقد الباطل لكونه لم يستوفي الشكل الذي نص عليه القانون [27] .

إلا إن ما سار عليه القضاء العراقي العديد من القرارات الصادرة من محكمة التمييز في بعض توجهاتها توافق ما ذكر اعلاه وتعتبر العقد باطلا فقد جاء في أحد قراراتها " ان عقد المساطحة يعتبر من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا بالاستيفاء الشكل الذي فرضه القانون وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وفي حالة عدم تسجيله في الدائرة المشار إليها فإنه يعتبر باطلا ولا يفيد الحكم ....." ، وفي قرار أخر " إن عقد المساطحة من العقود الشكلية التي لا تنعقد الا باستيفائها الشكلية المطلوبة بالتسجيل لدى الدوائر المختصة " [28] .

وفي توجه أخر لا تجعل من العقد الغير مسجل باطلا وإنما يتحول الى عقد أخر من نوع خاص وهو عقد الإجارة الطويلة استنادا الى نظرية تحول العقد [29]. فقد ورد في إحدى القرارات إلى إن " عقد المساطحة إذا لم يسجل في دوائر التسجيل العقاري وفقا لأحكام المادة (1226) من القانون المدني والمادة (229) من قانون التسجيل العقاري لا يكون باطلا بل يعد عقدا من نوع خاص ويعتبر عقدا صحيحا بالوصف الذي تضمنته شروطه مادام غير مخالف للنظام العام والآداب ويلتزم الطرفان بالشروط المتفق عليها " وقد ورد ذات المعنى في قرار ثاني قضت محكمة التمييز الاتحادية إن عدم تسجيل عقد المساطحة وفق طبقا للمادة 1226 /2 من القانون المدني العراقي النافذ يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وإن طلب فسخه تطبق عليه أحكام المادة (774) من القانون المدني [30] .

وتعليقا على قرارات محكمة التمييز إننا إذا اعتبرنا عقد المساطحة من العقود الشكلية بدلالة الفقرة الثانية من المادة (1226) من القانون المدني ا لعراقي فلابد لانعقاده من تسجيله بدائرة التسجيل العقاري ومن ثم فإن عدم التسجيل يجعل من العقد باطلا والعقد

---

(27) والتي تشير الى "ويكون باطلا أيضا إذا لم يستوفي الشكل الذي فرضه القانون " .
(28) قرار محكمة التمييز رقم 76/ مدني1996/1 بتاريخ 1996/6/14؛ قرار رقم 2001/ مدني 2/ 1998 بتاريخ 6/23/ 1998 نقلا عن وليد محمد الشيبي ، حق المساطحة والقرار والانتفاع والحكر في الفقه والقوانين المقارنة ، مكتبة صباح للنشر ، بغداد ، 2019م ، ص 198.
(29) والتي إشار اليها القانون المدني في المادة 140 التي تنص على انه "إذا كان العقد باطل وتوافرت فيه أركان عقد أخر فإن العقد يكون صحيح باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين إن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد " .
(30) قرار محكمة التمييز رقم 1733/ عقد مساطحة / 2008 بتاريخ 2008/8/5 منشور على الرابط التالي :
http://www.hjc.iq
؛ قرار رقم 691/ هيئة استئناف عقار / 2020/ بتاريخ 2020/2/9 ، نقلا عن حيدر عودة كاظم ، مجموعة الأحكام القضائية ، ج7، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، 2020، ص116.

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الباطل لا يلحقه الفسخ ، وإن توجه القضاء العراقي الى نظرية تحول العقد من عقد مساطحة الى عقد ايجار يكون محل نظر لأنه مخالف لمنطوق المادة 1226 من القانون المدني العراقي نصت على وجوب التسجيل ويضاف الى ذلك إن قانون التسجيل العقاري أشار إلى إن التصرف العقاري لا ينعقد إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري عند تعرضه الى تعريف التصرف العقاري الذي يؤدي الى انشاء الحقوق العينية الاصلية والتبعية وبما إن عقد المساطحة يعتبر من الحقوق العينية الاصلية والتي محله عقار وعليه فإن عدم التسجيل يجعل من العقد باطل [31] .

وقد نوه المشرع الأردني الى ان ملكية الحقوق العينية لا تنتقل بين أطراف العقد إلا بالتسجيل لدى الدوائر المختصة فلا يمكن الاعتداد بعقد المساطحة إذا لم يستوفي الشكل الذي فرضه القانون [32] .

وذات الأمر اشارت له محكمة التمييز الأردنية في إحدى قراراتها " إن عقد المساطحة من العقود الشكلية والتي يتطلب تسجيلها لدى دائرة الاراضي ، وحيث ان هذا العقد لم يسجل وبالتالي فهو باطل " [33] .

يتجلى لنا من خلال عرض موقف القانون العراقي والقضاء العراقي والقانون الاردني بخصوص الشكلية المطلوبة لأبرام عقد المساطحة ان المشرع العراقي كان واضحا بشأن اشتراطها كركن لانعقاد العقد إلا إن القضاء العراقي له رأي مختلف ففي بعض القرارات اعتبر العقد باطلا وفي قرارات اخرى لا يعده باطلا وانما يجعله عقد من نوع خاص أما المشرع الأردني فقط أشار بشكل صريح إلى بطلان العقد في حال لم يلتزم أطرافه بالشكل الذي فرضه القانون وقد ساير القضاء الأردني ما نصه المشرع وحكم ببطلان العقد وكان الأجدر بالقضاء العراقي الحكم بالبطلان استنادا لما ورد في القانون المدني وقانون التسجيل العقاري.

(31) ينظر نص المادة (3) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.
(32) ينظر المادة (1148) من القانون المدني الاردني المعدل .
(33) تمييز حقوق رقم 1529 لسنة 2019 نقلا عن حنان عوض ، حق المساطحة وتطبيقاته (دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاردني)، ط1، وزارة الثقافة ، الاردن ، 2024، ص89.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الثاني

تكييف حق المساطحة

بعد ان تكونت لدينا فكرة عن معنى حق المساطحة من الناحية اللغوية والاصطلاحية نأتي الى تحديد الوصف الفقهي والقانوني الصحيح لهذا الحق فهل يمكن تكييفه على عقد الإجارة أو على عقد الحكر على اعتبار أن كلاهما يرد على أرض مملوكة للغير بقصد الانتفاع بها أم إنه عقد مستقل من الناحية القانونية عن هذه العقود وعلى ضوء ذلك ارتأت الباحثة تقسيم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول

التكييف الفقهي لحق المساطحة

إن الفقه الاسلامي لم يتطرق الى عقد المساطحة بمفهومه القانوني، وانما تطرق الى عقود اخرى ذات صلة بهذا العقد **ترد** على أرض الوقف أو على أأرض غير موقوفة القصد منها إقامة البناء أو الغراس لغرض المنفعة والتي سنناقشها بالآتي:

اولا: تكييف حق المساطحة على عقد الإجارة

إن لفظ الإجارة في اللغة بمعنى الأجرة وهو مشتق من (الأجر) ، والاجر له معنيان الاول الكراء والثاني الاجرة على العمل وهذان المعنين يدلان على بدل المنفعة ، والإيجار هو الاعطاء بالكراء والاستئجار الاخذ بالكراء [34] ومنه أطلق لفظ الأجر على الثواب ، فالإجارة من أجر ، يأجر وهو ما اعطيت من أجر في عمل ، وتأجير العين : كرائها منقولا كانت او عقارا [35] .

أما في الاصطلاح الفقهي فإن لكل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي تعريف معين لها فقد عرفها فقهاء الحنفية بأنها "عقد على المنافع بعوض" فقد اعتبروا إن الاجارة عقد وركنه الإيجاب والقبول والصيغة [36]،في حين تطرق فقهاء المالكية إلى إن الاجارة والكراء لهما تعريف مشترك وهو" تملك منافع شيء بمدة معلومة بعوض "واركانها هي العاقد والاجر والمؤجر والصيغة [37]،اما فقهاء الامامية فقد عرفوا الاجارة بأنها "

---

(34) أحمد ابن زكريا ابن فارس ، المصدر السابق ، ص63.
(35) جمال الدين ابن مكرم ابن منظور ، ، لسان العرب ، ج4، الناشر ادب الحوزة ، قم المقدسة _ إيران ، 1405ه ، ص10.
(36) كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام ، فتح القدير ، ج9، دار الفكر للنشر ، بلا مكان وسنة نشر ، ص58.
(37) عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، ج3، دار الأرقم ابن الأرقم للنشر ، بيروت _ لبنان ، بلا سنة نشر ، ص100.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

عقد ثمرته نقل المنفعة " وأركانها الإيجاب والقبول والعوض وأيضا تطرق فقهاء الحنابلة إلى الإجارة بقولهم " بذل عوض معلوم ، في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم " [38]

وحسب الاصطلاح الفقهي فأن الاجارة تكون على نوعين الأول: يرد على منافع الاعيان كاستئجار الأراضي والدور والدواب والثاني استئجار أرباب الحرف والعمال.

هذا فيما يتعلق بعقد الإجارة بشكل عام أما بالنسبة لإجارة الأراضي للغراس والبناء لمدة طويلة أو لمدة معلومة فهذا العقد يتعلق برقبة الأرض الخالية فيجري إستحكارها للبناء أو الغراس وإن القصد من عقد الإجارة هو منع الغير وإبقاء الأرض بيد المستأجر لمصلحة الوقف على إن يدفع أجر محددا لقاء ذلك فهذه المسألة كانت محل خلاف بين الفقهاء فمنهم من أجاز إجارة الأرض لمدة طويلة وهذا ما ذهب اليه الفقه الحنفي والفقه المالكي [39].

أما الفقه الحنبلي والشافعي قالوا بصحة إجارة الأراضي الوقفية لفترة طويلة ولكن قيدوا جواز الإجارة بوجود المصلحة العائدة لجهة الوقف أو الضرورة ، أما فقهاء الامامية فقالوا بعدم جواز إجارة الأرض الموقوفة لمدة طويلة لأن ذلك مدعاة الى ترتيب أثر الملكية عليها إلا إن عدم الجواز لا يؤخذ بإطلاقه فيمكن إجارة الأرض لمدة معلومة وبأجرة محددة [40].

يتضح لنا مما تم طرحه إن عقد الإجارة الوارد على الأراضي الموقوفة أو ما يسمى بإجارة الوقف هو عقد للحصول على منفعة الأراضي الموقوفة من خلال استغلالها بالبناء أو الغراس وإن له أركان تتمثل بالصيغة والمنفعة وأطراف العقد أما بالنسبة الى حق المساطحة الوارد في القانون المدني فلا يمكن تكييفه على عقد الإجارة الطويلة للفروقات الآتية:

1- إن حق المساطحة وفقا للنص القانوني يعتبر حق عيني يخول صاحبة سلطة التصرف والاستعمال والاستغلال بخلاف عقد الإجارة فإن المستأجر لا يمكنه الانتفاع بالعين محل العقد إلا بالرجوع إلى مالك العين.

---

(38) ينظر محمد حسين فضل الله ، فقه الاجارة في شرح العروة الوثقى ، ط1، دار الملاك للنشر ، بيروت _ لبنان ، 1998م، ص5- 8؛ منصور ابن يونس البهوتي ، شرح منهى الارادات ، ج2، عالم الكتب للنشر ، بيروت _ لبنان ، 1996م ، ص241.

(39) ينظر شمس الدين السرخسي ، المبسوط ،ج15، ط1، تحقيق خليل محي الدين ، دار الفكر للنشر ، بيروت _ لبنان ، 2000م ، ص132؛ وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج7، دار الفكر للنشر ، دمشق ، بلا سنة نشر ، ص54.

(40) ينظر شهاب الدين أحمد ابن حجر الهيتمي ، الفتاوى الكبرى ، ج3،دار الفكر للنشر ، بيروت _ لبنان ، بلا سنة نشر ، ص328؛ منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، ج4،ط1، عالم الكتب للنشر ، بيروت _ لبنان ، 1997م، ص353.؛ محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج2، ط1، المكتبة المرتضوية ، النجف الأشرف ، 1360ه، ص89-91.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

2- وبما إن حق المساطحة حق عيني فإنه يمكن لصاحبه أن يكتسبه بمرور الوقت بخلاف الإجارة فلا يمكن تملك المنفعة إلا بموجب العقد المبرم بين الطرفين.

3 - يخول حق المساطحة صاحبه حق تتبع العين إذا انتقلت لشخص أخر أما عقد الإجارة فلا يمنح صاحبه مثل هذا الحق.

ثانيا: تكييف حق المساطحة على عقد الحكر

المقصود بالحكر في اللغة هو ما يجعل على العقارات ويحبس ومعنى الحاكورة هي قطعة أرض لزرع الأشجار قريبة من الدور ، واحتكر الطعام بمعنى جمعه وحبسه [41].

ومن هذا المعنى اللغوي انطلق المعنى الاصطلاحي لعقد الحكر **عند** فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفوه بأنه" عقد إجارة القصد منه استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس " ويطلق عليه بعض الفقهاء الاحكار ويعرفه " عقد إجارة يقصد به ابقار الأرض للبناء أو الغرس ويكون في الدار أو الحانوت ".

وقد عرفه بعض الفقهاء المتأخرين ومنهم مصطفى الزرقا بأنه " حق قرار يترتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة بإذن القاضي يدفع المستحكر لجانب الوقف مبلغ معجل يقارب قيمة الأرض ، ويرتب مبلغ أخر ضئيل لجهة الوقف من المستحكر ، أو من يؤول إليه هذا الحق ، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء " [42].

وأيضا عرفه محمد قدري باشا " عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء والتعلي أو للغراس ، أو لاحدهما " [43] فعقد الحكر عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا يخرج عن ثلاثة معان :

الأول: الإجرة المقررة على عقار موقوف مؤجر إجارة طويلة

الثاني: العقار الموقوف على إجارة طويلة

الثالث : العقد الذي بمقتضاه تم تأجير الأراضي الموقوفة إجارة طويلة [44] .

---

(41) _ مرتضى الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، ط1، دار الهداية للنشر _ الكويت ، 1965م ، ص72_73.
(42) _ ينظر مصطفى الزرقا ، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، ط1، دار القلم للنشر ، دمشق ، 1420ه، ص 52.
(43)_ ينظر محمد قدري باشا ، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف، ط1، مؤسسة الريان للنشر ، بيروت _ لبنان ، 2007م، ص201.
(44) صالح ابن سليمان ابن حمد الحويس ، أحكام عقد الحكر في الفقه الاسلامي ، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ، المملكة العربية السعودية ، 1428ه ، ص45.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

اما فيما يتعلق بأركان عقد الحكر فتتمثل بالعاقدين وهما المحكر والمستحكر طرفا العقد اللذان ، تصدر عنهما صيغة إنشاء العقد والركن الثاني الصيغة ويطلق عليها الفقهاء الايجاب والقبول أما الركن الثالث المعقود عليه أو المحل وهو ما ظهرت فيه آثار العقد وهو في عقد الحكر منفعة العقار الموقوف المستحكر والأجرة المتفق عليها بين أطراف العقد [45] .

يتبين مما تقدم إن حق المساطحة وإن كان من الحقوق العينية الواردة على سطح الأرض إسوة بحق الحكر إلا إنه يختلف عنه من النواحي الاتية:

الأولى: إن حق الحكر لا يرد إلا على الأراضي الموقوفة أما حق المساطحة فيشمل الأراضي الموقوفة والمملوكة للدولة والأراضي ذات الملكية الخاصة

الثانية: إن الاتفاق بين المساطح ومالك العقار حسب النص القانوني هو من يحدد التزامات طرفي العقد ومن بينها التزام المساطح بدفع الأجرة المقررة أما في عقد الحكر يدفع المستحكر اجرة المثل أي عليه دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض وقت إبرام العقد.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لحق المساطحة

استنادا للنصوص التشريعية التي تطرقت الى تعريف حق المساطحة زمنها المشرع العراقي في المادة (1226) والمشرع الأردني في المادة (1225) والمشرع المصري في المادة (1002) والمشرع السوري في المادة (994) والمشرع اليمني في المادة (1333) التي تم التطرق اليهما سابقا فإن حق المساطحة يعتبر من الحقوق العينية الاصلية والتي يتألف من عنصرين هما الحق وصاحبه فما يتعلق بالحق فهو المساطحة اما صاحب الحق فهو المساطح الذي يخوله القانون بممارسة السلطات المباشرة على هذا الحق دون الحاجة الى وساطة من مالك الأرض [46].

أما العقد المنشئ لحق المساطحة فهو المبرم بين مالك الأرض والمساطح فبمجرد انعقاده تنشأ العلاقة بين المساطح وحقه إذ بموجبه يتمتع بسلطانه على الأرض محل الحق فهو يرد على أرض معينة ويباشره صاحبه دون تدخل مالكها خلال المدة المتفق عليها فهو

(45) صالح ابن سليمان ابن حمد الحويس ، المصدر السابق ، ص95_96.
(46) د حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص354.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

حق يملك صاحبه بموجبه كامل السلطات الممنوحة للمالك على ما يقيمه من أبنية ومنشآت على الأرض [47].

وعليه فان حق المساطحة حق عيني أقره المشرع العراقي والقوانين المقارنة على أرض الغير يمكن صاحبه من استعمال الأرض واستغلالها والتصرف في الحق ذاته وفيما يحدثه فوق الأرض وإن كان فيه بعض الشبه من العقود المعروفة في الشريعة الإسلامية كعقد الإجارة والحكر إلى إن تكييفه على هذه العقود لا يصلح.

وعلى ضوء ذلك فإن هذا الحق يعتبر العقد المنشئ لهذا الحق من العقود المستحدثة والتي لا يمكن تكييفه على عقد الإجارة وإن كان هناك بعض التشابه بينهما من حيث المدة المحددة لكليهما على اعتبار انهما من العقود المؤقتة ولا يمكن تكييفه على عقد الحكر كونه يشمل الأرض الموقوفة وغير الموقوفة فهو عقد له أحكامه الخاصة.

المبحث الثاني

أثر حق المساطحة على مالك الارض

ينشأ حق المساطحة بالاتفاق بين المساطح ومالك الأرض فهو الطريق الوحيد لترتيب هذا الحق ولا يمكن ان يتصور نشوء حق مساطحة بغير طريق العقد، على إن ترتيب حق المساطحة على أرض ما لا يؤدي الى انقضاء ملكية هذا الأرض بالنسبة الى المالك، حيث تبقى ملكية الأرض للمالك دون أن تتأثر بحق المساطحة الذي نشأ، بل إن القانون اعطى لمالك الأرض ما هو أبعد من ذلك حيث أجاز له أن يتملك الأبنية والمنشآت التي أقامها المساطح بموجب عقد المساطحة وذلك عند انتهاء حق المساطحة.

من هنا ولبيان مدى تأثير حق المساطحة على السلطات التي يملكها مالك الأرض إرتأينا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين، ندرس في المطلب الأول المركز القانوني لمالك الأرض المساطح بها، بينما نعقد الاختصاص في المطلب الثاني لدراسة مصير الأبنية والمنشآت.

---

(47) علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ،ط1 ، دار الثقافة للنشر ، عمان _ الاردن ، 2005م، 267.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الأول

المركز القانوني لمالك الارض المساطح بها

ينبغي الإشارة إلى إن المشرع العراقي عند تنظيمه لحق المساطحة في القانون المدني العراقي [48] لم يعتبر القواعد الخاصة بتنظيم هذا الحق العيني من القواعد الآمرة، حيث أجاز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها باستثناء الحالة الخاصة بالمدة، حيث لم يجز للأطراف الاتفاق على أن يكون حق المساطحة لمدة تزيد على (50) سنة [49] ، وعند التمعن بهذه النصوص القانونية المنظمة لحق المساطحة نرى ان لمالك الأرض المساطح بها مجموعة من الحقوق والالتزامات التي ينبغي الإشارة اليها.

ولتوضيح المركز القانوني لمالك الأرض المساطح بها تم قسم هذا المطلب الى فرعين، سنتحدث في الفرع الأول حول حقوق مالك الأرض المساطح بها، بينما سنبحث في الفرع الثاني التزامات مالك الأرض المساطح بها.

الفرع الأول

حقوق مالك الارض المساطح بها

الأصل إن عقد المساطحة هو الذي يحدد المركز القانوني لأطرافه، حيث يجوز للأطراف الاتفاق على تظمين عقدهم ما يشاؤون من بنود وفقاً لما يرونه مناسباً لهم، إلا إنه وفي حالة عدم تطرق الأطراف للبعض من بنود العقد المبرم بينهم فأن ذلك لا يؤثر على صحته، حيث يبقى عقد المساطحة صحيحاً ويتم الرجوع بعد ذلك الى القواعد العامة المنظمة لحق المساطحة والواردة في القانون المدني العراقي، فمالك الأرض المساطح بها لا يسلبه حق المساطحة ملكية الأرض ولا ما يترتب على ذلك من حقوق، فضلاً عن استحقاق المالك للأجرة مقابل هذا الحق إذا ما تم الاتفاق عليها.

ومن هنا ولبيان ماهية حقوق مالك الأرض، فأننا نقسم هذا الفرع الى عدة فقرات نبين فيها حقوق مالك الأرض المساطح بها.

أولاً: بقاء حق الملكية وما ينشأ عنها من تصرفات

---

(48) نظم المشرع العراقي حق المساطحة في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 ب (5) مواد فقط وذلك في المواد من (1266_1270)، كما نظمه في قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 في (6) مواد، من المادة (229_234).

(49) تنص المادة (1267) من القانون المدني العراقي على "1_ لا يجوز أان تزيد مدة حق المساطحة عن خمسين سنة فإن كانت المدة لم تحدد فلكل من المساطح وصاحب الأرض أن ينهي العقد بعد ثلاث سنوات من وقت التنبيه على الآخر بذلك".

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

لا تــأثير لحــق المســاطحة علــى ملكيــة صــاحب الأرض المســاطح عليهــا، إذ تبقــى رقبــة الأرض لصــاحبها، بــل إن لا تــأثير لحــق المســاطحة علــى مــا يملكــه صــاحب الأرض مــن تصــرفات قانونيــة أو ماديــة، فــيمكن لمالــك الأرض إجــراء مختلــف التصــرفات القانونيــة شــريطة أن لا يــؤثر ذلــك التصــرف علــى حقــوق المســاطح، فــلا يمكــن مــثلا لمالــك الأرض أن يقــوم بإنشــاء حــق ارتفــاق علــى الأرض، فهــذا التصــرف وإن كــان الأصــل فيــه الاباحــة للمالــك إلا إنــه يــؤثر بالســلب علــى حقــوق المســاطح، ومــع ذلــك يجــوز لمالــك الأرض أن يجــري مثــل هكــذا تصــرفات قانونيــة وإن كانت تؤثر على حقوق المساطح طالما كان ذلك بموافقة المساطح نفسه.

كــذلك يمكــن لمالــك الأرض أن يجــري التصــرفات الماديــة علــى أرضــه بموافقــة المســاطح، وهــذا الأخيــر لا يوافــق علــى مثــل هكــذا تصــرفات إلا إذا كانــت غيــر مضــرة بحقــه بالمســاطحة بطبيعــة الحــال، ومثــال تلــك التصــرفات الماديــة هــو قيــام مالــك الأرض بفــرز الأرض الــى أكثــر مــن قســم أو توحيــدها مــع أرض أخــرى، والــى ذلــك تــنص المــادة (233) مــن قــانون التســجيل العقــاري علــى " لصــاحب الأرض اجــراء جميــع التصــرفات القانونيــة عليهــا عــدا التصــرفات التــي تــؤثر فــي حقــوق المســاطح كإنشــاء حــق ارتفــاق عليهــا ويجــوز لــه مباشــرة التصــرفات الفعليــة كــالفرز والتوحيــد بموافقة المساطح".[50] .

أمــا المشــرع الأردنــي فلــم يشــير بشــكل صــريح الــى إمكانيــة مالــك الأرض فــي التصــرف بأرضــه مثقلــه بحــق المســاطحة ، ولكــن ثبــوت هــذا الحــق للمســاطح لا يترتــب عليــه ســلب المالك من التصرف بأرضه إلا إن تصرف مقيد بعدم التعارض مع حقوق المساطح [51] .

وفــي الفقــه الإســلامي فــالأمر لــم يكــن محــل إجمــاع، ففــي حــين أجــاز فريــق مــن الفقهــاء تصــرف المالــك بــالأرض المثقلــة بحــق المســاطحة[52] ، لــم يجــز ذلــك فريــق اخــر، حيــث لا يجــوز التصرف فيها إلا للمساطح نفسه [53] .

ثانياً: الأجرة

---

(50) قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) لسنة 1971 ؛ وقد اشار المشرع المصري الى ذات الامر في المادة (1002) بقولها " يملك المحتكر ما أحدثه من بناء وغراس ملكا تاما ، وله الحق في التصرف فيه " ؛ والمادة (995) من القانون المدني السوري والمادة (1335) من القانون المدني اليمني.

(51) حنان عوض ، المصدر السابق ، ص148.

(52) ينظر شمس الدين الكاساني ، بدائع الصنائع ،ج4، ط2، دار الكتب العلمية ، بلا مكان نشر 1986م ، ص207؛ شمس الدين محمد بن احمد الحطاب ، مواهب الجليل ، ج5 ، ط3، دار الفكر ، بلا مكان نشر ، 1992م، ص408؛ محي الدين يحيى ابن شرف النووي ، روضة الطالبين ، ج2، ط3، تحقيق زهير الشاويش ، المكتب الاسلامي للنشر ، بيروت ، 1991م ، 784ص .

(53) كمال الدين محمد ابن موسى الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج ، ط1، دار المنهاج للنشر _ جدة ، 2004م ، ص400.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بما ان عقد المساطحة يعتبر من عقود المعاوضات فإن لمالك الارض مقابل تمليك هذا الحق إجرة يلتزم المساطح بموجب عقد المساطحة بدفعها مقابل انتفاعه بالأرض، وإذا كان دفع الأجرة هو من طبيعة هذا العقد الا إنه ليس من مستلزماته، وقد اشارت القوانين الوضعية الى هذا الامر ومنها المشرع العراقي في القانون المدني لنافذ اذ يستطيع المساطح استعمال الأرض المملوكة للغير او الموقوفة وقفاً صحيحاً بشكل مجاني دون الحاجة لدفع الأجرة وذلك بالاتفاق مع صاحب الأرض، على ان تحديد الأجرة يوجب على المساطح بعد ذلك دفعها، فاذا تأخر بالدفع لمدة (3) سنوات متواليات يمكن لمالك الأرض المطالبة بالفسخ[54].

كما ان المشرع الاردني نوه الى ان من حق صاحب الارض المطالبة في فسخ العقد المبرم بينه وبين المساطح اذ تخلف عن دفع الاجرة ، الا اذا تم الاتفاق على خلاف ذلك[55] .

اما في الفقه الاسلامي فقد ذهب الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والجعفرية الى القول بأن الاجرة المتفق عليها في العقد تدفع لمالك الارض والعبرة بلاجرة وقت ابرام العقد لأنها هي العوض مقابل الانتفاع بسطح الارض واشترط الفقهاء معلومية الاجرة قياسا على الثمن في عقد البيع لان كلا من الاجرة والثمن عوضا في عقود المعاوضة والعلم بهما من شروط الصحة [56]

ثالثاً: فسخ عقد المساطحة

حق المساطحة هو حق عيني يحد من المنفعة المتحصلة من الأرض لمصلحة شخص اخر بموجب عقد المساطحة، والمشرع العراقي وإن لم يعتبر الأجرة من مستلزمات هذا العقد إلا إنه رتب على عدم الوفاء بها إو التأخير في الوفاء في حال تم الاتفاق عليها لمدة ثلاث سنوات متوالية رتب الحق لمالك الأرض ان يطالب بفسخ العقد طالما لم يوجد شرط في عقد المساطحة يمنع مالك الأرض من المطالبة بالفسخ [57]، ذلك إن قاعدة فسخ عقد المساطحة لعدم

(54) تنص المادة 1268 من القانون المدني العراقي على " 1_ إذا اتفق على إجرة في مقابل الحق وتأخر المساطح عن دفعها ثلاث سنوات متواليات كان لصاحب الأرض ان يطالب فسخ العقد هذا اذا لم يوجد اتفاق يخالفه".

(55) وهذا ما دلت عليه المادة (1230) الفقرة الثالثة .

(56) ينظر منصور ابن يونس البهوتي ، كشف القناع على متن الاقناع ، ج3، ط1، دار الكتب العلمية للنشر _ بيروت ، 1414ه ، ص551 ؛ محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل ،ج5، دار الفكر للطباعة _ بيروت ، بلا سنة نشر ، ص115؛ موفق الدين عبدالله ابن قدامة ، المغني ، ج5، مكتبة القاهرة للنشر ، 1338ه، ص327.

(57) ينظر د محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007م ، ص321.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

دفع الأجرة او التأخر في دفعها تخضع لنفس حكم القاعدة العامة في المساطحة من حيث جواز الاتفاق على ما يخالفها.

وقد تعرض الفقه الإسلامي الى مسألة فسخ عقد المساطحة في حال عدم دفع الاجرة من المساطح أو في الاحوال التي ترتفع فيها قيمة الأرض ويترتب على ارتفاعها زيادة الاجرة الى القول " تبقى الاجرة كما اتفق عليها في العقد ، ولا تجوز الزيادة ولا يفسخ العقد ولو زادت إجرة الأرض " [58] .

يظهر مما تقدم إن الفقه الإسلامي لا يختلف اختلافا كبيرا عما ذهب إليه القانون الوضعي في عدم تأثر مالك الأرض بحق المساطحة في اجراء كافة التصرفات شريطة أن لا يؤثر التصرف على حقوق المساطح وفي الوقت الذي أجاز القانون لمالك الأرض فسخ عقد المساطحة في حال تأخر المساطح بدفع الإجرة فإن الفقه الإسلامي لم يجز ذلك.

الفرع الثاني

التزامات مالك الأرض المساطح بها

طالما إن عقد المساطحة يرتب حق للمساطح بإقامة البناء والمنشآت على أرض الغير، فأن الالتزامات التي تقع على عاتق هذا الغير وهو بطبيعة الحال مالك الأرض تتمثل بالالتزامات السلبية، والتي نعني بها التزام مالك الأرض بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يعرقل حق المساطح بإقامة الأبنية والمنشآت الأخرى بأي وسيلة كانت، فالمساطح له حقان، الأول يتمثل في الحق في البناء او المنشآت وفقاً للغرض الذي تم الاتفاق عليه في عقد المساطحة، أما الحق الثاني الذي يملكه المساطح فهو حق المساطحة نفسه، وهو حق قرار على الأرض العائدة للطرف المقابل في عقد المساطحة ولبيان التزامات مالك الأرض يتحتم علينا إظهار طبيعة التزامه من ثلاث اتجاهات، الأول التزامه بالنسبة الى حق المساطح بالبناء والمنشآت، إما الاتجاه الثاني فنبين التزامه بالنسبة الى حق المساطحة نفسه، كما ينبغي من اتجاه ثالث الوقوف على التزام مالك الأرض نحو المساطح عند استملاك الأرض.

أولاً: التزام مالك الأرض بالنسبة الى الحق في المنشآت والابنية

يدور التزام مالك الأرض في عقد المساطحة بالامتناع عن إعاقة استعمال المساطح لحقه في إقامة ما يراه مناسب من ابنية ومنشآت أخرى، فلا بمكن لمالك الأرض إن يمنع

(58) ينظر زين الدين ابن إ ابراهيم ابن قدامة المقدسي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي للنشر ، بيروت ، بلاسنة نشر ، ص257 ؛ شمس الدين محمد ابن أحمد الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت ، 1415ه ، ص556؛ محمد ابن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، ج25، ط2، الناشر مؤسسة آل البيت ، قم المقدسة ، 1414ه ، ص387.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المساطح من إقامة تلك الأبنية وإلا ضاع الغرض المقصود من إبرام العقد، كما لا يمكن لمالك الأرض لنفس الغرض المذكور ان يمنع المساطح من الكيفية التي يقيم بها المساطح تلك الأبنية والمنشآت طالما كانت لا تخالف الغرض المقصود من عقد المساطحة (59).

ويبدئ هذا الالتزام بتسليم الأرض الى المساطح فلا يكون المساطح قابضا لمحل عقد المساطحة إلا بعد تسلمه الإرض ، فتسليم المحل القصد منه انتفاع المساطح ولا يتحقق ذلك إلا بعد استلامه للأرض المراد اقامة الابنية والمنشآت عليها (60) .

وإذا كان الامر كذلك فأن التزام مالك الأرض على هذا النحو لا يمكن ان يفسر بأنه التزام مطلق، فهو مقيد من جهتين، فهو من الجهة الأولى التزام مؤقت ينتهي حتماً بانتهاء المدة المحددة للعقد أو حتى قبل ذلك إذا ما أخل المساطح بالالتزامات المترتبة عليه، ومن جهة ثانية فأن التزام مالك الارض بالامتناع عن اعاقة قيام المساطح بإنشاء الابنية والمنشآت الاخرى انما يتحدد بالغرض الذي اعد له البناء، فاذا خالف المساطح ذلك الغرض فلا مبرر للحديث عن الالتزام بالامتناع عن إعاقة الأبنية والمنشآت (61).

وفي القانون المدني الأردني يجب على مالك الأرض تسليمها الى المساطح والتسليم يكون حسب طبيعة الشيء المراد تسليمه ، فتسليم الارض يتم من خلال التخلية بين المساطح وبين الأرض برفع كل ما يمنع من تسلم الارض من قبل صاحب حق المساطحة (62) .

إن مسالة تسليم الأرض لصاحب حق المساطحة لم يغفلها الفقه الإسلامي فقد أشار الفقهاء إلى وجوب تسليم الأرض محل الحق الى صاحبها لغرض الانتفاع بها ولهم أحكام في حال امتناع المالك من تسليم الأرض فذهب جانب من الفقه الى القول بوجوب إجبار صاحب الأرض على التسليم في حين أجاز جانب آخر امتناع صاحب حق المساطحة عن

---

(59) لم ينص المشرع العراقي على التزامات مالك الأرض بشكل مباشر، إلا إنه يمكن استنباط تلك الالتزامات من المعنى المقابل لنص المادة (1269) من القانون المدني العراقي والتي تبين حقوق المساطح اتجاه مالك الأرض التي ابرم من أجلها عقد المساطحة، والى ذلك تنص المادة أعلاه الى " 1_ يملك المساطح ملكاً خالصاً ما أحدث على الأرض من بناء، او منشآت اخرى وله ان يتصرف فيه، مقترناً بحق المساطحة، بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري، وذلك دون إخلال بحق صاحب الأرض وبالغرض الذي أعد له البناء أو المنشآت كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

(60) أكمل الدين البابرتي ، العناية شرح الهداية ، ج9، دار الفكر للنشر ، بلا مكان وسنة نشر، ص72.

(61) د محمد طه البشير ، د غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص 316.

(62) ينظر المادة (494) الفقرة الاولى والثانية من القانون المدني الاردني المعدل .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

دفع الاجرة المقررة في العقد إن لم يسلم المعقود عليه ولصاحب حق المساطحة المطالبة في فسخ العقد في حال تعذر الانتفاع بها خلال المدة لعدم التسليم (63) .

ثانياً: التزام مالك الأرض بالنسبة الى حق المساطحة ذاته

ينبغي أن لا يفهم من عقد المساطحة إن هذا العقد يقتصر أثره على الحق بإقامة الأبنية والمنشآت، بل إن هذا العقد يرتب اثراً اخر وهو حق المساطحة نفسه، وهذا يعني ان للمساطح حق قرار على الأرض يمكنه من خلاله إقامة البناء الذي أُعد له وفقاً للعقد، وإذا كان الحال كذلك فأن من غير الجائز على مالك الأرض ان يمنع المساطح من التصرف بالحق الذي يملكه للغير إلا إذا ورد في عقد المساطحة شرطا يمنع المساطح من التصرف بلأبنية والمنشآت التي اقامها (64) .

وبناء عليه يحق للمساطح التصرف بما اقامه على الأرض خلال مدة عقد المساطحة بالبيع أو الايجار أو الرهن فحقه في البناء والمنشآت حق ملكية خالصة إلا إنه مؤقت ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد ويترتب على كونه مالك لتلك المحدثات له الحق في التصرف بها مقترنة بحق المساطحة إلا إن ملكيته لها مقيدة بالغرض الذي أعدت له فلا يجوز له بيعها مقلوعة لان ذلك يرتب ضرر لمالك الأرض (65) .

وقد أشار المشرع العراقي في القانون المدي الى اعتبار المساطح مالكا لما أحدثه على الأرض من أبنية وله الحق في التصرف بها بكافة التصرفات مقترنة بحق المساطحة شريطة عدم الاخلال بحق صاحب الأرض (66) .

وعلى ذات الخطى سار المشرع الأردني وأجاز للمساطح التصرف بالمحدثات مقترنة بحق المساطحة فلا يجوز له بيعها والاحتفاظ بحق المساطحة بل تنتقل ملكيتها مع الحق للمالك الجديد (67) .

وفي الفقه الإسلامي إن من ملك شيئا يجوز له تمليكه لغيره دون أن يؤثر على ملكية صاحب الأرض والمساطح له حق ملكية سطح الأرض فيجوز له تمليكه للغير(68).

---

(63) ينظر في ذلك شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة ، الشرح الكبير على متن المقنع ، ج11، دار الكتاب العربي للنشر ، بلا مكان وسنة نشر ، ص487؛ الشربيني ، مغني المحتاج ، ج3، المصدر السابق ، ص468؛ علي السيستاني ، منهاج الصالحين ، ج2، دار المؤرخ العربي للنشر ، بلا مكان نشر ، 1415ه ، ص114.

(64) د حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص357.

(65) د محمد طه البشير ، د غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص318.

(66) ينظر المادة (1269) الفقرة الاولى من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

(67) ينظر المادة (1229) من القانون المدني الأردني .

(68) أكمل الدين البابرتي ، ج7، المصدر السابق ، ص41.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وبناء على ما تم طرحه فإن التزامات مالك الأرض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي تجاه المساطح تتمثل بأمرين الأول تمكين المساطح في إقامة المحدثات على الإرض خلال مدة عقد المساطحة ويبدأ هذا الالتزام بتسليم الارض للمساطح الثاني منح الحق للمساطح في التصرف بما أقامه من محدثات مقترنة بحق المساطحة.

المطلب الثاني

مصير الأبنية والمنشآت

تقدم القول إن عقد المساطحة لا يؤثر على حق مالك الأرض في ملكية الأرض ولا حتى التصرفات القانونية إو المادية طالما كانت تلك التصرفات لا تؤثر على حقوق المساطح، فيستطيع مالك الأرض باعتباره مالكاً لها ان يوحد ارضه مع ارض الغير إو أن يقوم بفرز هذه الأرض الى قسمين دون أن يكون من حق المساطح الاعتراض على هذه التصرفات ذلك ان صحة هذه التصرفات مرتبطاً أصلاً بعدم الاضرار بالحقوق التي يملكها المساطح، وكما تصح التصرفات المادية فأن التصرفات القانونية هي الأخرى صحيحة، فيستطيع مالك الأرض أن يتصرف بالأرض بالبيع مثلاً أو أن يقوم برهنها [69].

ولا يقف الأمر عند هذا الحد، فهذا الواقع يعد نتيجة طبيعية لاستمرار ملك الرقبة لمالك الأرض، بل إن الأمر أوسع من ذلك، حيث اعتبر المشرع العراقي البناء والمنشآت التي أقيمت من قبل المساطح اثناء فترة حياة عقد المساطحة ملكاً لمالك الأرض عند نهاية العقد. ولبيان طبيعة قاعدة تملك الأبنية والمنشآت من قبل مالك الأرض، سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الأول الى الأساس القانوني لانتقال ملكية الأبنية والمنشآت، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة فلسفة انتقال ملكية الأبنية والمنشآت مستحقة القلع.

الفرع الأول

اساس انتقال ملكية الأبنية والمنشآت مستحقة القلع

فرغنا من القول إن الأبنية والمنشآت التي يقيمها المساطح تنتقل ملكيتها الى مالك الأرض، وهذا هو الأصل إذ بإمكان المتعاقدين أن يتفقا على غير ذلك، بأن يتفقا على بقاء جزء

---

(69) على إن ذلك الأمر ليس على إطلاقه، فبعض التصرفات القانونية لا تنسجم مع طبيعة وجود حق المساطحة، فلا يمكن لصاحب الأرض أن يرهن أرضه المثقلة بحق المساطحة رهناً حيازياً لما يتطلب هذا النوع من الرهون من خصيصة الحيازة وهو أمر لا يمكن تصوره بوجود البناء والمنشآت التي أقيمت من قبل المساطح.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من ملكية تلك الأبنية للمساطح، فالقاعدة التي تقرر انتقال ملكية الأبنية والمنشآت قاعدة غير آمرة.

وإذا أمعنا النظر في قاعدة انتقال ملكية الأبنية والمنشآت لمالك الأرض لوجدنا إن الأساس القانوني يختلف باختلاف المصدر القانوني لها، وذلك بحسب تطرق الأطراف لها في عقد المساطحة أو عدم التطرق لها.

أولاً: العقد أساس قانوني لتملك الأبنية والمنشآت

يتميز حق المساطحة من بين الحقوق العينية المتفرعة من حق الملكية بأن العقد هو المصدر الوحيد لإنشاء هذا الحق، فحق المساطحة هو حق عيني ذو مصدر عقدي لا يمكن تصور وجود حق مساطحة دون وجود العقد، بل لابد من تسجيل هذا العقد في دائرة التسجيل العقاري (70)، فعقد المساطحة عقد شكلي لا ينعقد دون تسجيله في دائرة التسجيل العقاري (71) .

ومن هنا فأن العقد المبرم بين مالك الأرض والمساطح واتفاقهم على بنوده ومن ضمنها مصير تلك الأبنية التي تقام من قبل المساطح سواء كان بتملك صاحب الأرض لها بشكل كلي أو جزئي أو حتى بقاء ملكيتها جزئياً للمساطح يكون الأساس القانوني لانتقال ملكية تلك الأبنية والمنشآت الى مالك الأرض أو إلى المساطح (72) .

وقد أشار المشرع العراقي في القانون المدني إلى مصير المحدثات التي أقامها المساطح بعد انتهاء مدة العقد بعائديتها الى مالك الأرض وعليه أن يدفع قيمتها مستحقة القلع وفي حال عدم تضمن عقد المساطحة شرطا يقضي بغير ذلك ورخص المشرع الأردني للمتعاقدين الاتفاق على مصير المحدثات وفي حال عدم الاتفاق تنتقل ملكيتها لصاحب الارض مستحقة القلع (73) .

وفي الفقه الإسلامي إن ما يتفق عليه المتعاقدان وما يدرجوا من شروطا في العقد تكون معتبرة يجب الوفاء بها فإذا تضمن العقد شرطا بإبقاء المحدثات فيمكن قياس ذلك على الاشتراط في عقد الاجارة بدعوى إن العقد تضمن شرطا بإبقاء ما أحدثه المستأجر من أبنية برضا المالك في عقد مدته محددة (74) .

---

(70) د محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مصدر سابق،ص317.
(71) وهذا ما سار عليه القضاء العراقي في قراراته الذي جعل من عقد المساطحة عقداً شكلياً لا ينعقد إلا بالتسجيل، من ذلك القرار الصادر من محكمة التمييز بالرقم 1706/الهيأة الاستئنافية عقار/2014، مشار له من القاضي عبدالجبار عزيز حسن، شرح أحكام عقد المساطحة في ضوء القانون المدني معززة بالأحكام القضائية، مكتبة تةبايى، أربيل، 2018،ص139.
(72) د حسن علي الذنون ، المصدر السابق ، ص358.
(73) ينظر المادة (1270) من القانون المدني العراقي والمواد (1232_ 701) من القانون المدني الاردني
(74) حنان عوض ، مصدر السابق، ص210.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ثانياً: القانون أساس قانوني لتملك الأبنية والمنشآت

إذا كان الأصل هو أن يضمن اطراف عقد المساطحة ما يرغبون به من إحكام في بنود العقد، إلا إن عدم تطرق الأطراف لتلك الاحكام لا يعني بالضرورة أن يؤدي هذا الاغفال الى الحكم ببطلان العقد، إذ يبقى العقد صحيحاً ويمكن الرجوع الى القانون لكي ينظم حكم العلاقة بينهم، فقد تكفل القانون المدني بالإضافة الى قانون التسجيل العقاري بتنظيم مجمل الاحكام القانونية الخاصة بعقد المساطحة ومن ضمن هذه الاحكام هو مصير الأبنية والمنشآت التي يقيمها المساطح، إذ اعتبر المشرع العراقي إن عدم تطرق الأطراف لمصير تلك الأبنية والمنشآت انما هو اتفاق ضمني بين المتعاقدين على انتقال ملكية تلك الأبنية لمالك الأرض بقيمتها مستحقة القلع (75) .

وفي الفقه الإسلامي عند عدم اشتمال عقد المساطحة على شرطا يتضمن تحديد مصير ما يحدثه المساطح من محدثات فإن لمالك الأرض عدة خيارات حددها الفقهاء:

الخيار الأول : ما قال به فقهاء الشافعية إن البناء والغراس يبقى في الارض ويطالب المستأجر بأجرة المثل (76) . اما الخيار الثاني ما ذهب إليه فقهاء المالكية في منح الخيار لمالك الأرض بين تملك المحدثات بعد دفع قيمتها وبين مطالبة المساطح بقلعها من غير ضمان (77) .

والخيار الثالث ما صرح به فقهاء الحنابلة بقولهم يأخذ مالك الأرض ما أحدثه المستأجر بقيمته ويتملكه مع الأرض (78) .

يتجلى لنا من البحث إن أساس انتقال ملكية المحدثات مستحقة القلع يحددها العقد المبرم بين الطرفين بعد انتهاء مدة المساطحة وفي حال عدم تضمن العقد على شرط حول مصيرها فإن القانون اعتبر الاتفاق ضمنا على تملكها من قبل مالك الأرض ويتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في انتقال ملكيتها الى صاحب الأرض بعد دفع قيمتها.

---

(75) الى ذلك ينظر، نصوص القانون المدني العراقي المواد منه (1266_1270)، كذلك قانون التسجيل العقاري المواد منه (229_234). والمواد (1225_ 701) من القانون المدني الأردني المعدل .
(76) إبراهيم ابن علي الشيرازي ، المهذب في فقه الامام الشافعي ، ج2، دار الكتب العلمية للنشر ، بلا مكان وسنة طبع ، ص260.
(77) عبد الوهاب ابن علي ابن نصر ، الاشراف على نكت مسائل الخلاف ، ج2، ط1، تحقيق الحبيب بن طاهر ، دار ابن حزم للنشر ، 1999م ، ص661.
(78) شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة ، ج14، المصدر السابق ، ص515.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الثاني

فلسفة المشرع في انتقال ملكية الأبنية والمنشآت مستحقة القلع

كما مر ذكره إن عدم تطرق أطراف عقد المساطحة لمصير الأبنية والمنشآت يؤدي الى انتقال ملكيتها مستحقة القلع لمصلحة مالك الأرض وذلك بعد انقضاء عقد المساطحة الذي لا ينبغي أن تزيد مدته على خمسين سنة (79)، وإذا كان هذا الحكم هو المعمول به وفقاً للمشرع العراقي فأننا يمكن أن نتساءل عن السبب الذي دفع المشرع للذهاب الى أحقية مالك الأرض في تملك الأبنية والمنشآت مستحقة القلع لا بقيمتها قائمة؟ وللإجابة عن ذلك لابد لنا من التطرق الى عدة فرضيات من اجل مناقشتها وصولاً لفلسفة الحكم الذي جاء به المشرع العراقي.

أولاً: حسن النية

يربط المشرع العراقي تملك الأشياء بقيمتها مستحقة القلع او بقيمتها قائمة بحالة الغير ما إذا كانوا حسنِ النية او سيءِ النية، ففي حالة الالتصاق مثلاً إذا كان الباني او الغارس سيء النية فأنه يمكن لمالك الأرض أن يتملك ما تم بناءه أو غرسه بقيمتها مستحقة القلع إذا ما رأى ان قلعها سيسبب ضرراً للأرض (80).

وإذا حاولنا ان نطبق معيار حسن النية في إطار تملك صاحب الأرض للأبنية والمنشآت التي أقامها المساطح فأننا لا نجد لهذا المعيار من أثر في إطار عقد المساطحة، فالمشرع العراقي لم يربط تملك الأبنية والمنشآت بحسن نية المالك او سوء نيته، فضلاً عن أن وجود عقد المساطحة بين مالك الأرض والمساطح ينفي الحاجة الى البحث عن حسن النية لعدم الحاجة إليه.

ثانياً: قاعدة الأقل يتبع الأكثر

اعتمد المشرع العراقي على قاعدة الأقل يتبع الأكثر في حل نزاع الملكية، وذلك عندما يقيم الغير بزعم سبب مشروع على أرض المالك بناء أو غراس أو منشآت، وتعني هذه القاعدة إن صاحب الملكية ذات القيمة الأكثر سيتملك ما هو أقل قيمة، حيث يتم تقدير قيمة الأرض منفردة، وتقدير قيمة البناء او المنشآت دون الأرض، ومن ثم فاذا كانت الأرض ذات قيمة اكبر من قيمة الأبنية او المنشآت فأنه يستطيع تملكها والعكس صحيح إذا كانت قيمة المنشآت اكبر

---

(79) ينظر نص المادة(230) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل، كذلك نص المادة 1267 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950.

(80) والى ذلك تنص المادة(1119) من القانون المدني العراقي "إذا أحدث شخص بناءً أو غراساً أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم انها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها فاذا كان القلع مضراً بالأرض، فله أن يمتلك المحدثات مستحقة للقلع"، والى قريب من ذلك، انظر نص الفقرة الثانية من المادة (1176) من نفس القانون.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من قيمة الأرض، وفي حال التساوي يتم ترجيح جهة صاحب الأرض لأن الأرض هي الأصل[81].

وقد اتبع المشرع العراقي تلك القاعدة في المادة (1120) والتي تنص على " إذا أحدث شخص بناء أو غراساً او منشآت أخرى بمواد من عنده على ارض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي، فأن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث ان يمتلك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة" [82].

وبالرجوع الى نصوص المشرع العراقي الخاصة بتملك الأبنية والمنشآت لمالك الأرض عند انتهاء عقد المساطحة، وعند محاولة تطبيق قاعدة الأقل يتبع الأكثر باعتبارها أساس فلسفة المشرع العراقي في تملك الأبنية من قبل صاحب الأرض، نجد أن ما ذهب اليه المشرع العراقي حتى وإن ذهبنا الى القول أن المشرع العراقي قد افترض أن قيمة الأرض ستكون اكبر من قيمة الأبنية والمنشآت التي سيقيمها المساطح إلا أن النتيجة التي اخذها بها المشرع لا تتفق مع مخرجات هذه القاعدة، ذلك إن المشرع اعتبر صاحب الأرض مالكاً للأبنية بقيمتها مستحقة القلع وهو خلاف لقاعدة الأقل يتبع الأكثر التي تعطي الحق لمالك الأرض بتملك الأبنية ولكن بقيمتها مستحقة قائمة لا بقيمتها مستحقة القلع.

ثالثاً: الاتفاق الضمني

قلنا إن حق المساطحة لا ينشأ إلا بالاتفاق ما بين أطرافه، فهو حق عقدي، العقد هو المصدر الوحيد لإبرامه، وهذا الأمر ينسحب أيضاً على معرفة مصير الأبنية والمنشآت التي يقيمها المساطح، فعقد المساطحة هو الذي يحدد تملك الأبنية والمنشآت مستحقة القلع أو بقيمتها قائمة، إلا أن عدم تطرق الأطراف إلى مصير الأبنية والمنشآت سيجعل صاحب الأرض مالكاً لها بقيمتها مستحقة القلع عند انتهاء عقد المساطحة، وسبب إعطاء الحق لمالك الأرض بتملك الأبنية بقيمتها مستحقة القلع، هو إن المشرع العراقي قد افترض اتفاق الأطراف بشكل ضمني على أن يتملك صاحب الأرض المنشآت التي أقامها المساطح بقيمتها مستحقة القلع، وهو اتجاه موفق من قبل المشرع العراقي، فمن جهة نجد إن حق المساطحة حق مؤقت ينتهي حتماً

(81) يجب الملاحظة إن تقدير قيمة الأبنية او المنشآت او الغراس يكون بتقدير القيمة وهي قائمة بالأرض لا مستحقة القلع.
(82) كما اعتمد المشرع العراقي تلك القاعدة في المادة (1200) من القانون المدني العراقي والتي تنص على إذا غرسأاحد أشجار أو أقام أبنية في أرض أميرية ليس له فيها حق التصرف، وكان ذلك بحسن نية وبزعم سبب شرعي ثم استحقت الأرض فان كانت قيمة المنشآت قائمة اكبر من قيمة الأرض فوضت الأرض لصاحب المنشآت ببدل المثل وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المنشآت قائمة تملك صاحب الأرض المنشآت بعد دفع قيمتها".

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بانقضاء مدته التي ينبغي ان لا تزيد على خمسين سنة [83]، ومن جهة أخرى فان المشرع العراقي وفي كثير من الحالات يعد الأرض هي الأصل [84] ، وقيمتها ستكون الأكثر بالمقارنة مع المنشآت والابنية التي أقيمت من قبل المساطح وذلك عند نهاية عقد المساطحة ذلك ان المدة الافتراضية للأبنية ستكون قد انقضت، ومن ثم فأن قيمتها ستكون الأقل حتماً، خاصة وان عقد المساطحة يمتد عادةً لفترات طويلة تصل الى الخمسين سنة.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة البحث من الجانب القانوني والفقهي لابد من إيراد النتائج التي تم التوصل اليها والتوصيات المتعلقة بها.

النتائج :

1- تبين لنا من البحث إن التعريف الذي درجت عليه القوانين المدنية عند التطرق الى معنى المساطحة إنه حق عيني يتفرع عن حق الملكية يمنح صاحبه الحق في إقامة المحدثات على أرض مملوكة لشخص اخر وفق اتفاق تتحدد بموجبه حقوق والتزامات كل من اطرافه أما في الفقه الإسلامي فإن هذا الحق لم يكن معروفا بصورته الواردة في القانون الوضعي إلا إن هناك حقوقا شبيه به كحق الحكر والإجارتين المعتبرين من عقود الإجارة الطويلة.

2- ظهر لنا من الدراسة إن حق المساطحة لا ينشأ إلا بموجب عقد ولانعقاده صحيحا من الناحية القانونية والشرعية لابد من توفر مجموعة من الاركان التي تتمثل بالرضا والمحل والسبب يضاف لها الشكلية المنصوص عليها في القانون.

3- توضح لنا من مناقشة التكييف الدقيق لحق المساطحة إنه حق مستحدث أقره المشرع العراقي والقوانين الوضعية المقارنة على أرض مملوكة للغير وتمكين صاحب الحق من استعمال الأرض واستغلالها والتصرف بها.

4- يمكن القول إن الفقه الإسلامي لا يختلف اختلافا كبيرا عن القوانين الوضعية في عدم حد حق المساطحة من السلطات الممنوحة للمالك الأرض بموجب حق الملكية وإن الالتزام الواقع على عاتق مالك الأرض في عقد المساطحة يتمثل بالامتناع عن إعاقة استعمال المساطح لحقه في إقامة ما يراه مناسبا من المحدثات شريطة ألا يخالف المساطح الغرض الذي اعد له البناء.

---

(83) _ينظر الفقرة (1) من المادة (1267) من القانون المدني العراقي.
(84) _ ينظر المواد من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 كلاً من(1120، 1124،1122،1121،1200).

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

5- إن مصير الابنية والمنشآت المقامة من قبل المساطح يحددها العقد المبرم بينه وبين مالك الارض وفي الاحوال التي لا يتضمن العقد بنودا تحدد مصير هذه المحدثات يمكن الرجوع الى نصوص القانون المدني التي نظمت أحكام المساطحة. والتي منحت الحق لمالك الأرض بتملكها بقيمتها مستحقة القلع والسبب في إعطاء المشرع الحق لصاحب الأرض بتملكها لأن حق المساطحة مؤقت ينتهي بانقضاء مدته التي يجب ألا تزيد على خمسين سنة هذا من جانب ومن جانب اخر إن المشرع يعتبر أن الأرض هي الاصل وقيمتها ستكون الأعلى مقارنة بالأبنية والمنشآت المقامة.

المقترحات :

1 - نأمل من القضاء العراقي توحيد القرارات المتعلقة بحق المساطحة والتأكيد على ضرورة تسجيله لكي يترتب الأثر القانوني على التوثيق وفي حال عدم التسجيل الحكم ببطلان العقد مباشرة لعدم اشتماله على الشكلية المطلوبة في القانون لكونه من التصرفات العقارية.

2 - نوصي المشرع العراقي بإصدار عقد مساطحة موحد وصياغته وفقا لأحكام القانون المدني خصوصا فيما يتعلق بواجبات وحقوق مالك الأرض والمساطح ومدة العقد.

3 - نرجو من الجهات المختصة عقد الندوات والمؤتمرات للتعريف بعقد المساطحة ومشروعيته في الفقه الإسلامي كونه لا يخالف مبادئ الشريعة الاسلامية ومن خلاله يمكن الاستفادة من الاراضي واستثمارها بما يحقق النفع العام.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- **الكتب اللغوية**

1- أحمد ابن زكريا ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج3، ط1، تحقيق عبد السلام محمد، دار الفكر للنشر، بلا مكان نشر، 1979م.
2- جمال الدين ابن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج4، الناشر ادب الحوزة، قم المقدسة _ إيران، 1405ه.
3- محمد ابن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة للنشر الكويت، 1983م.
4- مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، دار الهداية للنشر _ الكويت، 1965م.

- **كتب الفقه الإسلامي**

1- إبراهيم ابن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج2، دار الكتب العلمية للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
2- أكمل الدين البابرتي، العناية شرح الهداية، ج7، دار الفكر للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
3- زين الدين ابن إبراهيم ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي للنشر _ بيروت، بلا سنة نشر.
4- محمد امين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، دار الكتب العلمية للنشر، بلا مكان نشر، 1996م.
5- شهاب الدين احمد ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، ج3، دار الفكر للنشر، بيروت _ لبنان، بلا سنة نشر.
6- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج15، ط1، تحقيق خليل محي الدين، دار الفكر للنشر، بيروت _ لبنان، 2000م.
7- شمس الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بلا مكان نشر 1986م.
8- شمس الدين محمد ابن أحمد الحطاب، مواهب الجليل، ج5، ط3، دار الفكر، بلا مكان نشر، 1992.

9- شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، ج11، ج14دار الكتاب العربي للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
10- شمس الدين عبد الرحمن ابن قدامة ، المغني، ج5، مكتبة القاهرة للنشر، مص، 1338هـ.
11- شمس الدين محمد ابن أحمد الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ج3، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، 1415هـ.
12- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، ج3، دار الارقم ابن الارقم للنشر، بيروت _ لبنان، بلا سنة نشر.
13- عبد الوهاب ابن علي ابن نصر، الاشراف على نكت مسائل الخلاف، ج2، ط1، تحقيق الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم للنشر، 1999م.
14- علي محمد باقر السيستاني، منهاج الصالحين، ج2، دار المؤرخ العربي للنشر، بلا مكان نشر، 1415هـ.
15- فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط1، المطبعة الكبرى الاميرية _ القاهرة، 1313هـ.
16- كمال الدين عبد الواحد ابن الهمام، فتح القدير، ج9، دار الفكر للنشر، بلا مكان وسنة نشر.
17- كمال الدين محمد ابن موسى الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط1، دار المنهاج للنشر _ جدة، 2004م.
18- مصطفى أحمد الزرقا، احكام الاوقاف، دار عمار للنشر _ عمان، 1998م.
19- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي، ط1، دار القلم للنشر، دمشق، 1420ه.
20- محمد ابن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج25، ط2، الناشر مؤسسة آل البيت _ قم المقدسة، 1414ه.
21- محمد حسين فضل الله، فقه الاجارة في شرح العروة الوثقى، ط1، دار الملاك للنشر، بيروت _ لبنان، 1998م.
22- محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج2، ط1، المكتبة المرتضوية، النجف الاشرف، 1360هـ.
23- موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، ج5، مكتبة القاهرة للنشر، 1338هـ.
24- محمد ابن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج5، دار الفكر للطباعة _ بيروت، بلا سنة نشر.
25- محي الدين يحيى ابن شرف النووي، روضة الطالبين، ج2، ط3، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الاسلامي للنشر، بيروت، 1991م.
26- منصور ابن يونس البهوتي، شرح منهى الارادات، ج2، عالم الكتب للنشر، بيروت _ لبنان، 1996م.
27- منصور ابن يونس البهوتي، كشف القناع على متن الاقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية للنشر _ بيروت، 1414هـ.
28- منصور ابن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج4، ط1، عالم الكتب للنشر، بيروت _ لبنان، 1997م.
29- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ج7، دار الفكر للنشر، دمشق، بلا سنة نشر.

- **الكتب القانونية**

1- د أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار العلم للثقافة والنشر، بلا مكان نشر، 2003م.
2- د حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية، شركة الرابطة للنشر، بغداد، 1954م.
3- حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، ج7، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2020م.
4- حنان عوض، حق المساطحة وتطبيقاته (دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاردني)، ط1، وزارة الثقافة، الاردن، 2024م.
5- د عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، دار النهضة العربية _ القاهرة، 1966م.
6- عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، وزارة التعليم العالي العراقية، 1980م.
7- د عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، المكتبة القانوني، بغداد، 2007م.
8- د غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، 1970م.
9- عبد الجبار عزيز حسن، شرح احكام عقد المساطحة في ضوء القانون المدني معززة بالأحكام القضائية، مكتبة تةبايى، أربيل، 2018م.
10- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني (الحقوق العينية)، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان _ الاردن، 2005م.
11- د محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 1996م.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

12- محمود المظفر، نظرية العقد، ط3، دار حافظ للنشر، بلا مكان نشر، 2011م.
13- د محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية المكتبة القانونية، بغداد، 2007م.
14- محمد قدري باشا، قانون العدل والانصاف للقضاء على مشكلات الاوقاف، ط1، مؤسسة الريان للنشر، بيروت _ لبنان، 2007م.
15- وليد محمد الشيبي، حق المساطحة والقرار والانتفاع والحكر في الفقه والقوانين المقارنة، مكتبة صباح للنشر، بغداد، 2019م.

- **الرسائل والاطاريح**

1- جبار جميلة ، حق الانتفاع دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة ، جامعة البليدة ، 2011م.
2- صالح بن سليمان بن حمد الحويس، احكام عقد الحكر في الفقه الاسلامي، إطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، المملكة العربية السعودية، 1428هـ.

- **القوانين والتشريعات**

1- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. المعدل النافذ.
2- القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
4- قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971.
5- القانون المدني الجزائري رقم (75_58) لسنة 1975.
6- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976النافذ.
7- القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 المعدل النافذ

- **القرارات والاحكام القضائية**

1- قرار محكمة التمييز رقم 76/ مدني1996/1 بتاريخ 1996/6/14.
2- قرار رقم 2001/ مدني 2/ 1998 بتاريخ 6/23/ 1998.
3- قرار محكمة التمييز رقم 1733/ عقد مساطحة / 2008 بتاريخ 2008/8/5.
4- قرار رقم 691/ هيئة استئناف عقار / 2020/ بتاريخ 2020/2/9.
5- قرار محكمة التمييز رقم 1706 / الهيئة الاستئنافية / عقار/ 2014.

- **مواقع الانترنت**

http://www.hjc.iq

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المَسْؤُولِيَّةُ المَدَنِيَّةُ فِي القَانُونِ المَدَنِيِّ العِرَاقِيِّ

Civil Liability under the Iraqi Civil Law

- م. م علي علي جابر*
- وزارة التربية/ المديرية العامة للتربية في المثنى

تاريخ الإرسال: 2025\09\18 تاريخ القبول: 2025\10\20 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

تنقسم المسؤولية إلى قسمين هما: المسؤولية الأدبية، والمسؤولية القانونية، يترتب على الأولى مخالفة واجب أدبي، ويتمثل ذلك عند إخلال الشخص بقاعدة أدبية أو أخلاقية أو دينية، هذا النوع من المسؤولية يوجد وإن لم يوجد ضرر، فهي مسؤولية أمام الله أولاً وأمام ضمير الشخص ثانياً، ومن المعروف إن دائرة الأخلاق أوسع نطاقاً من دائرة القانون، أما المسؤولية الثانية فيترتب عليها مخالفة واجب قانوني أو الإخلال بقاعدة من قواعد القانون، وهي ذات نطاق ضيق إذا ما قورنت بالمسؤولية الأدبية، لإنها تقتصر على سلوك الأنسان أتجاه الآخرين والمجتمع، وتتنوع إلى المسؤولية الدولية، والمسؤولية الإدارية، والمسؤولية التأديبية، والمسؤولية الجنائية، والمسؤولية المدنية، ويقسم فقهاء القانون المسؤولية المدنية إلى قسمين، هما المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، والمسؤولية المدنية تعتبر أحد أهم مقومات النظام القانوني والاجتماعي، حيث إن كل شخص طبيعي عاقل يكون مسؤول عن تصرفاته وأقواله وأفعاله، بمعنى يكون ملزماً باحترام القواعد القانونية والاجتماعية أمام الآخرين، وبعدم إلحاق الأذى والضرر بهم، فإذا لم يلتزم بتلك القواعد، وجب عليه الجزاء والتعويض للطرف الذي لحق به ضرر.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية العقدية، المسؤولية التقصيرية، الخطأ، الضرر، العلاقة السببية .

Abstract

Liability is divided into two categories: moral liability and legal liability.The first arises from the breach of a moral duty, which occurs when a person violates a moral, ethical, or religious rule. This type of liability exists even if no actual harm has happened. It is a responsibility before God first, and before one's conscience second. It is well known that the scope of morality is broader than that of law.

The second category, legal liability, arises from the breach of a legal duty or the violation of a rule of law. Its scope is narrower when compared to moral liability, as it is limited to an

---

* Email : aliobaidi89@gmail.com

individual's conduct toward others and society. Legal liability is further classified into international, administrative, disciplinary, criminal, and civil liability.

Legal scholars distinguish between two types of civil liability: contractual liability and tort liability. Civil liability is considered one of the most essential pillars of the legal and social order, as every sane natural person is responsible for their actions, statements, and conduct. This means they are obligated to respect legal and social rules in their interactions with others and to refrain from causing them harm or damage. If such laws are not observed, the person is subject to penalties and required to compensate the party that has suffered damage.

Keywords: Contractual liability, Tort liability, Fault, Damage, Causal relationship.

مقدمة

إن اول ما توحى به كلمة المسؤولية من معنى هو، أن هناك فعلاً ضاراً يوجب مؤاخذة فاعله، فالمسؤولية من حيث الاصطلاح تعنى بمعنيين، الأول معنى عام يقوم على تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير التي تصدر عنه أو عمن يتولى رقابته والإشراف عليه، وهناك من يقول بأنها التزام موجب يندرج من موجب أدبي أو أخلاقي أو طبيعي إلى موجب مدني، ويتمثل الموجب المدني إلى مصلحة مالية أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما المعنى الثاني للمسؤولية فهو خاص، تقوم على ربط مصطلح المسؤولية بالمجال المدني، بحيث يفيد مؤاخذة المخطئ عن أخطائه التي تلحق الضرر بالغير، وذلك عن طريق إلزامه بأداء التعويض للطرف المتضرر وفقاً للطريقة والنطاق اللذين يعينهما القانون، وبمعنى آخر تتحقق المسؤولية المدنية إذا تعلق الالتزام بالتعويض عن الأضرار التي يحدثها الإنسان للغير بفعله أو بفعل التابعين له، أو الأشياء والحيوانات الموجودة تحت حراسته أو نتيجة لإخلاله بالتزاماته العقدية، والمسؤولية طبقاً لهذا المعنى أما مسؤولية عقدية، هي الجزاء على الإخلال بالتزام عقدي، أو تقصيرية تعنى بالجزاء على الإخلال بالتزام قانوني عام بعدم الإضرار بالغير، تم التطرق في هذا البحث المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي، إلى مفهوم المسؤولية في المبحث الأول، والذي تم تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول الذي تم تقسيمه الى فرعين، تناولنا في الفرع الأول التعريف بالمسؤولية، والمسؤولية المدنية، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه تقسيم المسؤولية وأنواعها، أما المطلب الثاني فتناولنا فيه مفهوم المسؤولية العقدية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه أركان المسؤولية العقدية، أما المبحث الثاني تم تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول تناولنا فيه المسؤولية التقصيرية وأركانها، أما المطلب الثاني فتناولنا فيه التمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين أو تزاحم المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

اهمية البحث: تعتبر المسؤولية المدنية من أهم الموضوعات القانونية التي اهتم بها الفقه والقضاء، نتيجة تجدد وتفاقم المخاطر التي يتسبب فيها الإنسان بفعله أو بفعل الأشياء التي تكون في حراسته، فالثورة الصناعية التي أسفرت على التطور الهائل في مجال التكنولوجيا الحديثة التي كان لها واقع مؤثر وفعال في تحقق أمال وازدهار البشرية، فمن جانب اسعد هذا التطور الأفراد في المجتمع، غير أنه من جانب آخر حمل بين طياته مخاطر ضخمة تهدد قيم وحقوق وأمن الأفراد، نتيجة لحجم المخاطر والأزعاج وسوء الاستعمال التي تسببه هذه الآليات، فكثير من الآحيان يتطلب استخدام هذه الآليات الفهم والمعرفة والاحتراف والدقة والحذر، لذا غالباً ما يكون أول ضحاياها الأنسان، وهذا الشق يتعلق بالمسؤولية المدنية ذات الطابع التقصيري، أما الشق الآخر يتعلق بالإخلال بالالتزامات العقدية، حيث يتحمل المخطئ التبعات القانونية الناجمة عن عدم احترام بنود العقد ومضمونه، لذلك فإن الهدف من هذه المسؤولية هو ضمان حصول المضرور على التعويض عن الضرر الذي لحق به.

مشكلة البحث:

1. ما هو مفهوم المسؤولية؟ وما هي أنواعها؟ وهل هناك وحدة للمسؤولية؟ وهل المسؤولية تختلف عن الضمان.
2. ماذا يقصد بالمسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية؟
3. ما هي أركان المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية؟ وما هو الأساس في قيامهما؟
4. ما هي الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية؟
5. هل يمكن تعويض كل الأضرار؟ وعلى من يقع عبء إثبات الضرر؟ وهل يمكن تعويض الضرر المستقبلي؟
6. ما هي الآثار القانونية المترتبة عن المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية؟
7. هل يجوز الاتفاق على تعديل أو الإعفاء من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية؟

أهداف البحث: إن الهدف المنشود من البحث يتلخص في بيان الدور الذي تؤديه المسؤولية المدنية، في الزام مسبب الضرر للغير بإصلاح نتيجة الخطأ أو الفعل الصادر عنه، من خلال دفع تعويض للمتضرر، لذا فإنها تعنى بحماية المصالح الخاصة، أي مصالح الغير من الإضرار بهم، وجبر تلك الأضرار بواسطة تعويض يتم دفعه للغير المتضرر، وهذه المسؤولية على نوعين هما، المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية، فالأولى تنشأ نتيجة إخلال المدين بالتزام ناشئ عن العقد، أما الثانية فتنشأ نتيجة إخلال الشخص بالتزام قانوني، وبالتالي تتجلى بذلك أهمية البحث من خلال هذا المنطلق.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

منهجية البحث :اعتمد الباحث في دراسة هذا الموضوع والإجابة على التساؤلات المطروحة فيه، على منهج البحث المقارن بين نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، ونصوص القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 بشكل أساسي، كما تطرق الباحث لنصوص بعض القوانين العربية، لبيان الأحكام المتعلقة بالمسؤولية المدنية بنوعيها العقدية والتقصيرية، وتعزيز ذلك بالقرارات القضائية، وأن الباحث جعل نطاق بحثه ينحصر بشكل أساسي بين القانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري.

خطة البحث: تناول الباحث موضوع المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي في مبحثين، في المبحث الأول تناول فيه مفهوم المسؤولية بشكل عام والتعريف بها، كما تناول أنواع المسؤولية القانونية، أما في المبحث الثاني فتناول فيه المسؤولية التقصيرية، وسبل التمييز والتزاحم بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

المبحث الاول

مفهوم المسؤولية

إنَّ المسؤولية بشكلها العام تتمثل، في حالة قيام الشخص الذي ارتكب فعل أو سلوك معين يستوجب المحاسبة أو المؤاخذة عليه، حيث تنصرف هذه المؤاخذة أو المحاسبة على إيقاع الجزاء على ذلك الشخص الذي ارتكب المخالفة أو خرق قاعدة مقررة، وتختلف المسؤولية بحسب نوع وطبيعة القاعدة التي خرقها الشخص، فإذا كان الأمر يخالف واجب أخلاقي أو ديني أو أدبي في المجتمع، تسمى بالمسؤولية الأدبية، أما إذا انصرف السلوك الخارجي للإنسان بعلاقته مع الآخرين والمجتمع، وترتب على ذلك مخالفة واجب من الواجبات القانونية المحددة، نتج عنه حصول ضرر أو التهديد في حصوله لأحد الأشخاص، فيتحمل المسؤول عن حصول الضرر أو التهديد به للجزاء القانوني عليه، وهو ما يسمى بالمسؤولية القانونية، لذلك فإن المسؤولية القانونية ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالأفعال غير القانونية، وتتعلق بسلوك الانسان نحو غيره [1].

لذلك فان المسؤولية التي يقررها القانون المدني أو غيره من القوانين عدا القانون العقابي تدعى بالمسؤولية المدنية، التي تبدو بدورها على نوعين، فقد تنشأ المسؤولية في العقد الصحيح بسبب إخلال ناشئ عن الالتزام في العقد، فتسمى حين إذ بالمسؤولية العقدية أو التعاقدية، كما وقد تترتب المسؤولية نتيجة الإخلال بالتزام يوجبه القانون، ويقصد به الالتزام بعد الأضرار بالغير، فتسمى بذلك المسؤولية التقصيرية

([1]) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مج1، ط5، الناشر د.ن، 1992، ص1-2.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أو المسؤولية عن العمل غير المشروع، فالمسؤولية العقدية هي جزاء العقد تنشأ عن عدم تنفيذ العقد، كما لو أخل البائع بالتزامه بعدم تسليم العين المبيعة إلى المشتري، في حين إن المسؤولية التقصيرية جزاء العمل الغير مشروع، كما لو تسبب شخص في إتلاف مال الغير، فيكون ملزماً بتعويض الضرر[2]، وقد بين المشرع المدني العراقي في المادة (1/150)، بضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه.

لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول التعريف بالمسؤولية وانواعها فضلاً على تقسيم القانون للمسؤولية المدنية، أما المطلب الثاني فسوف نتناول فيه مفهوم المسؤولية العقدية.

المطلب الأول

التعريف بالمسؤولية وأنواعها

يمارس الانسان في حياته نشاطات مختلفة لاشباع رغباته ومتطلباته، وهو عندما يقوم بممارسة تلك النشاطات قد يلحق ضرر بالآخرين، فيمكن أن يكون الضرر قد نشأ عن فعل باشره أو كان سبباً في قيامه أو أن الضرر قد صدر من هم تحت رعايته ورقابته أو عن أشياء تحت حراسته، كما إن الضرر قد ينشأ بسبب الامتناع عن القيام بفعل فرضه القانون، ولحصول ذلك فالقانون يتدخل ويلحق الجزاء لمن أصابه ضرر، لذا فإن الجزاء هو صورة لما يعرف بالمسؤولية، وهذه المسؤولية تختلف من حيث الطبيعة كما إن لها صورة متعددة[3] ، لذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الأول التعريف بالمسؤولية، والمسؤولية المدنية، أما الفرع الثاني فنتناول فيه أنواع المسؤولية.

الفرع الأول

التعريف بالمسؤولية

المسؤولية في اللغة تكون مشتقة من سأل يسأل فهو مسؤول، فالسين والهمزة واللام تعتبر كلمة واحدة، حيث يقال سأل يسأل سؤالًا ومسألة، ورجل سؤله، بمعنى كثير السؤال[4] ، واسم الفاعل منه، السائل، واسم المفعول، المسؤول، والمصدر، المسؤولية، وحيث إن هذا المصدر (المسؤولية) صناعي يرجع للفعل سأل، فإنه يتفرع إلى ثلاث معاني، أولها يدل على الاستعطاء والاستجداء، فيقال سألته الشيء أي استعطيته إياه،

(2) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (الكتاب الأول) مصادر الإلتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص381-382. كما بينت المادة (150 /1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"

(3) د. عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ج1، الناشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980، ص198.

(4) أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، تحقيق وضبط، عبد السلام محمد هارون معجم مقاييس اللغة، ج3، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1979، ص124.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

وهذا المعنى لا يدل إلى مفهوم المسؤولية، أما المعنى الثاني للفعل سأل وهو أوسع انتشاراً، يدل على الاستخبار والاستفسار، والاستعلام عن أمر غير معروف أو شيئ غامض أو مجهول، ويفهم من هذا المعنى، إن القول سألته عن كذا وكذا، يقصد به استخبرته واستفسرته واستعلمته عنه، وقد يكون السؤال استدعاء معرفة، أو ما يؤدي إلى المعرفة، أو استدعاء مال، أو ما يؤدي إلى المال[5] .

كما يقال، سألته عن الشيء بمعنى استخبرته، استخبره عن الأمر وطلب منه معرفته، أي طلب منه أن يخبره حقيقته، سأله عنه والتمس معرفته[6]، وإن الفعل سأل لا يكون بمنأى عن مفهوم المسؤولية، أما المعنى الثالث للفعل سأل، فيقصد به المحاسبة والمؤاخذة وتحمل التبعة والجزاء، وهذا هو المفهوم الحقيقي من معنى المسؤولية[7].

أما بالنسبة إلى تعريف المسؤولية اصطلاحاً، فيقصد بها أن يتحمل الشخص النتائج والأقوال والافعال والتصرفات كافة التي يقوم بها باختياره، مع علمه المسبق بنتائج تلك الأقوال والتصرفات والافعال المقصرة الصادرة عنه أو عن من يقوم بالإشراف عليه ومراقبته، كما يقصد بالمسؤولية في نطاق الميدان المدني على انها المحاسبة أو المؤاخذة وتحمل التبعة، بمعنى محاسبة الشخص عن الأخطاء التي تلحق ضرر بالآخرين، من خلال إلزام الشخص المخطئ بدفع تعويض يناسب حجم الضرر للطرف المتضرر، وفق ما يقرره القانون من قواعد[8] ، والمسؤولية بوجه عام، حال أو صفة، من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، فيقال، أنا برئ من مسؤولية هذا الفعل أو العمل[9].

أما بالنسبة إلى المسؤولية المدنية التي تعتبر أحد أهم مقومات النظام القانوني والاجتماعي، حيث إن كل شخص طبيعي عاقل يكون مسؤول عن تصرفاته وأقواله وأفعاله، بمعنى يكون ملزم باحترام القواعد القانونية والاجتماعية أمام الآخرين، وبعدم إلحاق الأذى والضرر بهم، فإذا لم يلتزم بتلك القواعد، وجب عليه الجزاء والتعويض للطرف الذي لحق به ضرر، لذا فإن المسؤولية المدنية يقصد بها مجموعة من

---

(5) جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الافريقي، لسان العرب، مج21، ج11، نشرة أدب الحوزة، قم-ايران، 1984، ص319.

(6) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج5، ط4، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، 1990، ص1723.

(7) د. بندر بن طلال المحلاوي، المسؤولية عن تظليل المستهلك في بيوع المعاصرة، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم- جامعة المنيا، 2016، ص1791. الموقع الإلكتروني https://dram.journals.ekb.eg/article_160768_d0213e79fc4dbcf43a4266b1be465d3d.pdf ، تاريخ الدخول إلى الموقع، 2025/1/18.

(8) د. عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، ط3، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2011، ص7.

(9) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2005، ص411.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684
المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

القواعد الملزمة للشخص الذي قام بإحداث ضرر بالغير، بقيامه إصلاح ذلك الضرر من خلال تعويض الطرف المتضرر، أو بتعبير أخر يقصد بها دين التعويض الذي يقع على كاهل الشخص الذي أرتكب الضرر، لفائدة الشخص الذي وقع عليه الضرر[10].

والمسؤولية المدنية بوجه عام تعنى بتعويض الضرر الذي ينجم نتيجة مخالفة أو إخلال الشخص بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، حيث تنصرف هذه المسؤولية للتعبير عن الفعل الضار، وما يترتب على هذا الفعل من التزامات بتعويض الشخص المضرور، وأن هذه المسؤولية تنقسم إلى مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية، فتكون الأولى ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي، أما الثانية فتكون ناجمة عن الإخلال بالتزام قانوني[11].

كما أن فقهاء القانون كان لديهم اختلاف كبير في الرأي حول تعريف للمسؤولية المدنية، حيث برزت آثاره على أحكام القضاء والقوانين الوضعية، فالمسؤولية المدنية لا تعتبر مصطلح قديم عند أهل القانون، ففي القرن الثامن عشر يعتبر الفلاسفة الإنكليز أول من وضعوا هذا المصطلح، أما بالنسبة إلى مشرعي القانون المدني الفرنسي فهم لم يستعملوا هذا المصطلح واستعاضوا عنه بمصطلح الضمان، وفي القانون المدني العراقي فيستعمل مصطلح الضمان في كثير من النصوص، كما يستعمل مصطلح المسؤولية المدنية ومشتقاتها في نصوص قانونية أخرى[12].

والفقهاء المسلمون يستعملون مصطلح الضمان بدل عن مصطلح المسؤولية المدنية، على اعتبار إن مصطلح الضمان أدق لأنه يتعلق بالجانب المالي، على العكس من مصطلح المسؤولية المدنية التي تتعلق بمؤاخذة الشخص أو محاسبته جزاء على ما فعل، أما رجال القانون فيستعملون مشتقات المسؤولية المدنية تعبيري، المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية، وهم بذلك على خلاف مع الفقهاء المسلمون الذين يستعملون مصطلح ضمان العقد[13]، فواضعي القانون المدني بينوا رغبتهم بأن يتم تخصيص كلمة

---

[10] د. عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب)، ج2، ط2، الناشر المؤلف، الدار البيضاء، 2021، ص7.

[11] عز الدين الناصوري و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج1، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص11.

[12] ليلان رشيد فائق، المسؤولية المدنية في القانون، بحث منشور مقدم من قبل عضوة الإدعاء العام كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من أصناف الإدعاء العام، 2017، ص11، الموقع الإلكتروني https://www.krjc.org/uploads/Lylan%20rashed%20faeq.pdf ، تاريخ الدخول إلى الموقع 2025/1/25.

[13] عبد الرحمن جمعة، الضمان القضائي في نطاق المسؤولية العقدية وفقا لأحكم القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج44، ملحق2، 2017، ص165، الموقع الإلكتروني https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/article/view/9865/7733، تاريخ الدخول إلى الموقع بتاريخ 2025/1/25

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

"الضمان" الجزاء المترتب في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وتخصيص كلمة "المسؤولية" الجزاء المترتب من عدم تنفيذ القوانين(14) .

فالضمان المقابل للمسؤولية المدنية يختلف من حيث المعنى ومن حيث الأثر، فبحسب تعبير علماء القانون تنصرف كلمة المسؤولية المدنية من حيث المعنى إلى الاتفاق مع كلمة الضمان أي التعويض المالي، بتعبير الفقه الإسلامي، إذ لابد على الشخص الذي سبب ضرراً للغير من تعويض كل من أصابه ضرر، أما من حيث الأثر، فإن كلمة المسؤولية المدنية تتفق مع كلمة الضمان أي التعويض المالي، في إنهما يقصدان أثراً واحداً، هو جبر الضرر الذي لحق بالشخص المضرور بالتعويض المالي المدني البعيد عن صفة العقوبة الجنائية، أما سبب الضمان المقابل للمعنى المراد من كلمة خطأ في فقه القانون المدني، فيستفاد منه في جميع التعابير المختلفة الموجبة للضمان عند الفقهاء، كما في كلمة التعدي أو التسبب أو المباشرة أو ضمان العقد أو الإخلال بضمان اليد أو فعل الإتلاف، فأي وصف من هذه الأوصاف إذا انفرد وأحدث ضرر بالغير فإنه يعتبر من أسباب الضمان الموجبة للتعويض(15) .

وبناء على ما تم ذكره، يمكننا تعريف المسؤولية، بأنه يقصد بها قيام الأنسان بتصرفات ونشاطات وأفعال وأقوال لها صلة بهيئته العامة، وهذه التصرفات أو الأفعال أو النشاطات أو الأقوال قد تكون أيجابية أو سلبية، يكون هو مسؤولاً عن نتائجها، ويتحمل الجزاء الناشئ عنها، كما يمكن تعريف المسؤولية المدنية، على إنها مجموعة من القواعد القانونية الملزمة لكل من ألحق ضرر أو أذى بالغير، بجبر ذلك الضرر، عن طريق تعويض الشخص المضرور عن ما أصابه من أذى أو ضرر، أما في ما يتعلق بمصطلح الضمان فاستخدامه في الجانب المالية أدق.

الفرع الثاني
أنواع المسؤولية

تنقسم المسؤولية إلى قسمين هما، المسؤولية الأدبية، والمسؤولية القانونية، يترتب على الأولى مخالفة واجب أدبي، ويتمثل ذلك عند إخلال الشخص بقاعدة أدبية أو أخلاقية أو دينية، هذا النوع من المسؤولية يوجد وإن لم يوجد ضرر، فهي مسؤولية أمام الله أولاً وأمام ضمير الشخص ثانياً، ومن المعروف إن دائرة

---

(14) د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون، طبع بمطبعة حداد البصرة- العراق، 1955، ص25.
(15) د. محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1994، ص29-30.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الأخلاق أوسع نطاقاً من دائرة القانون، لإنها تشمل علاقات متعددة، كعلاقة الأنسان بخالقه، وعلاقته بذاته أو نفسه، وعلاقته مع الآخرين في المجتمع، وتتعلق بما يضمره الأنسان من نوايا وسلوك، تهدف إلى السمو بالإنسان نحو القيم السامية، وإن الجزاء الذي قد يتعرض له الإنسان بشكل عام يكون ذات طابع معنوي، يتمثل بالشعور بتأنيب الضمير، وعدم الرضا والاستنكار من قبل الناس، والحساب يوم القيامه، والمسؤولية الادبية لا دخل فيها للقانون[16] .

أما المسؤولية الثانية فيترتب عليها مخالفة واجب قانوني أو الإخلال بقاعدة من قواعد القانون، وهي ذات نطاق ضيق إذا ما قورنت بالمسؤولية الأدبية، لإنها تقتصر على سلوك الأنسان أتجاه الآخرين والمجتمع، لذا فإن القانون ينصرف إلى تنظيم النشاط الخارجي للإنسان، ولا يتدخل بالنوايا الباطنة ما دامت لم تقم بأتخاذ مظهراً خارجياً ملموساً، فالمسؤولية القانونية تتمثل بمخالفة واجب قانوني معين، يترتب عليه حصول ضرر أو وقوع تهديد على شخص أو على المجتمع، ونتيجة ذلك التهديد أو الضرر فإن المسؤول عن ذلك يتعرض للجزاء[17] .

حيث بينت محكمة التمييز الاتحادية في مبدأ حكم لها، على المحكمة أن تبت في قيام المسؤولية المدنية وفي مقدار التعويض، من غير أن تكون مكبلة أو مقيدة بقواعد المسؤولية الجزائية أو في الحكم الصادر من محكمة الجنايات، إذا كان الفصل في موضوع الدعوى لا يرتبط باكتساب الحكم الجزائي درجة البتا[18] . إن المسؤولية القانونية تتنوع بتعدد وتنوع الواجبات القانونية، وهذه المسؤولية تتحدد بأنواع رئيسة هي كالآتي، المسؤولية الدولية، المسؤولية الإدارية، المسؤولية التأديبية، المسؤولية الجنائية، المسؤولية المدنية[19].

وسوف نتكلم عن المسؤولية التأديبية والمدنية فقط، لصلتها بالموضوع بشكل مباشر:

---

(16) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص1-2.

(17) ليلان رشيد فائق، المصدر السابق، ص8. كما ينظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص1-2.

(18) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، نوع الحكم/ مدني/ رقم الحكم 236/ الهيئة الموسعة المدنية/ 2016، الموقع الإلكتروني https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1834-m1331 ، تاريخ الدخول للموقع 2025/2/4.

(19) د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص14. كما ينظر: عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تاصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص24. كما ينظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص4.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

1. **المسؤولية التأديبية:**

تثور هذه المسؤولية عند قيام الشخص بارتكاب خلل يتعلق بأعمال وظيفته أو مهنته ويستوجب محاسبته، كقيام العامل بمخالفة أحد الالتزامات التي يفرضها عليه قانون العمل، أو قيام الموظف بمخالفة واجباته الوظيفية، وهذه المسؤولية تتعلق بالوظيفة العامة أو علاقات العمل المهنية أو غيرها من العلاقات، ونتيجة لتلك المخالفات أو ذلك الخلل الأمر الذي يتطلب معه فرض الجزاء التأديبي وفق القانون المعمول به[20] .

2. **المسؤولية المدنية:**

تنشأ هذه المسؤولية عند ارتكاب الشخص خلل أو مخالفة في التزام معين بشكل يسبب معه ضرر للغير أو لأحد الأشخاص، بموجب ذلك يلتزم المسؤول بالتعويض نتيجة الضرر الذي أصاب الغير أو أحد الاشخاص، كما إن هذه المسؤولية في الشريعة الإسلامية يقصد بها ضمان الإنسان في تعويض الضرر الذي لحق بالغير من غير مبرر، هذا من جانب أما من جانب أخر فإن المسؤولية المدنية وفق القانون يقصد بها، التزام الشخص بموجب القانون بدفع التعويض للغير، نتيجة الفعل الخاطىء الذي ارتكبه بحقهم، ويقسم فقهاء القانون هذه المسؤولية إلى قسمين، مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية، أما بالنسبة إلى فقهاء الشريعة الذين قسموا الضمان إلى ضمان العقد، في حال كان مصدره العقد، وضمان اليد إذا كان المصدر حيازة غير شرعية، وضمان الإتلاف إذا كان المصدر إتلافاً[21] .

المطلب الثاني

مفهوم المسؤولية العقدية

قسم القانون المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، تكون المسؤولية عقدية عند الإخلال أو مخالفة التزام عقدي، بمعنى إن أحد المتعاقدين في العقد يخالف أو يخل بالتزامه الذي فرضه العقد، بشكل يلحق معه ضرر بالمتعاقد الأخر، أما المسؤولية التقصيرية تنشأ نتيجة إخلال الشخص بالتزام قانوني، وهذا الالتزام عام يقوم على عدم الأضرار بالغير، ويترتب على ارتكاب الشخص خطأ يمس مصلحة شخص أخر ضرر لا يرتبط معه بأي علاقة عقدية، قيام المسؤولية التقصيرية، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول مفهوم المسؤولية العقدية، ونتناول في الثاني أركان المسؤولية العقدية.

([20]) د. هيثم حامد المصاورة، المسؤولية التأديبية للصحفيين، ط1، الوراق للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2013، ص31.
([21]) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار نشر احسان للنشر والتوزيع، طهران-ايران، 2014، ص19.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

المسؤولية العقدية

بين القانون المدني المصري إنه إذا أصبح على المدين استحالة تنفيذ الالتزام عينا، حكم عليه بدفع تعويض لقاء عدم قيامه الوفاء بالالتزام المترتب على كاهله، ما لم يثبت أن استحالة تنفيذ ذاك الالتزام قد نشأ بسبب أجنبي لا دخل له فيه، وبذلك تقرر مبدأ المسؤولية والالتزام بالتعويض جزاء عدم القيام بتنفيذ الالتزامات التي نشأت من العقد[22]، وهذا ما بينه المشرع المدني العراقي في المادة (168) منه، ومن الجدير بالذكر إن المسؤولية العقدية يكون دورها مقتصر على الحالات التي يكون فيها تنفيذ الالتزام العيني مستحيل، وحيث إن الالتزام بدفع مبلغ من النقود يعتبر دائماً ممكن التنفيذ عيناً، لذا لا يكون فيه محل للمسؤولية العقدية، على أساس أنه إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً ممكناً، فليس هناك محل للتعويض عن عدم التنفيذ[23] .

وخلافاً للمشرع المدني العراقي في نص المادة (168) وبيانه المسؤولية عن السبب الأجنبي، جاء المشرع المدني الفرنسي الذي ميز بين مفهوم القوة القاهرة ومفهوم الحادث الفجائي، حيث بين بأن هناك قوة قاهرة في المسائل العقدية عندما يكون هناك حادث خارج عن سيطرة المدين، والذي لا يمكن توقعه بشكل معقول في وقت إبرام العقد ولا يمكن أن تحسب آثاره باتخاذ التدابير المناسبة، مما يؤدي إلى استحالة تنفيذ المدين لالتزامه العقدي[24] .

وبذلك يقصد بالمسؤولية العقدية، هي المسؤولية الناجمة من إخلال التزام عقدي، بمعنى قيام أحد المتعاقدين بمخالفة أو إخلال التزام فرضه العقد على نحو يسبب ضرر بالمتعاقد الآخر، وحيث إن العقد شريعة المتعاقدين فيكون لزاماً على المتعاقدين تطبيق مضمون نصوص العقد واحترام الرابطة العقدية بينهما، وأن أي اخلال يتسبب به أحد المتعاقدين يستوجب معه تحمل مسؤوليته عن ذلك الإخلال، ويستحق المتعاقد الآخر التعويض أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام والوفاء به أو بسبب التأخر في التنفيذ حتى وإن لم يكن

---

(22) ينظر: نص المادة (215) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل. يقابله نص المادة (168) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل التي نصت على "اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه. وكذلك يكون الحكم اذا تاخر الملتزم في تنفيذ التزامه". كذلك ينظر قرار محكمة التمييز العراقية، نوع الحكم: مدني، رقم الحكم 4187/الهيئة الاستئنافية منقول/2024، تاريخ اصدار الحكم 2024/10/30، مبدأ الحكم "العقد المنتهي لا يلحقه الفسخ، إلا أن ذلك لا يمنع من الحكم بالتعويض إن توافرت شروط المسؤولية العقدية ولحق المدعي ضرراً من ذلك"، الموقع الإلكتروني https://www.sjc.iq/qview.3002/، تاريخ الدخول إلى الموقع 2025/2/13

(23) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، مج1، ج2، ط4، 1987، ص540.

(24) صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في العقود التجارية الدولية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2013، ص27. كما ينظر: نص المادة (1218) من القانون المدني الفرنسي رقم 131-2016. كما ينظر: د. فاضل مهدي سرهيد، بحث منشور في مجلة القرار للبحوث العلمية المحكمة، ع14، مج5، شباط، 2025 ص173-174.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

هناك أي سوء نية من جانب المدين، ولقيام المسؤولية العقدية لابد من إخلال أو مخالفة عقد صحيح من الناحية القانونية، أما إذا كان العقد باطلاً فإنه لا مجال لتطبيق قواعد هذه المسؤولية[25] .

أما بالنسبة إلى نطاق هذه المسؤولية فيتحدد بشرطين، أولهما قيام عقد صحيح ينشئ التزاماً بين الطرفين هما المسؤول عن الضرر والضحية المضرور، حيث يشترط أن يكون هناك عقد، وأن يكون هذا العقد صحيحاً مستوفياً لأركانه وشروطه الخاصة، فضلاً على ذلك ان ينشأ العقد التزاماً بين المسؤول عن الضرر والضحية المضرور، ثانياً لا يكفي وجود عقد صحيح بين الطرفين لقيام المسؤولية العقدية، وإنما يجب إن يكون الضرر الذي ارتكبه أحد الطرفين ناتجاً عن إخلاله بالالتزام الناشئ من العقد نفسه[26].

ويرى الباحث فيما يتعلق بالتعويض، إن المتعاقد المسؤول يسأل عن تعويض الضرر المباشر الذي يكون متوقع الحصول، وإنه لا يسأل عن تعويض الضرر غير متوقع الحصول، إلا إذا كان ذلك ناجم عن غش أو خطأ جسيم، وهذا ما أشارت له المادة (3/169) من القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني

أركان المسؤولية العقدية

حتى تقوم المسؤولية العقدية، لا بد من توافر ثلاثة أركان أساسية لهذه المسؤولية مجتمعة، وهذه الأركان هي، الخطأ أو الإخلال بالتزام عقدي، والضرر، والعلاقة السببية بين الخطأ العقدي والضرر[27]، وسوف نبين كل من هذه الأركان على الوجه الآتي :

أولاً: الخطأ

قد يثار سؤال حول متى يعتبر المدين مخطئاً، حيث يعتبر المدين مخطئاً في حال عدم قيامه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد بتنفيذ، فإن عدم القيام بتنفيذ الالتزام يعتبر خطأ يقرر مسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر، بغض النظر عما إذا كان عدم تنفيذ الالتزام راجع إلى سبب متعمد أو إلى اهمال أو تقصير، غير أنه لابد من السؤال متى يعتبر المدين غير قائم بتنفيذ التزامه؟ وللجواب عن ذلك لا بد من التمييز بين حالتين هما، الالتزام بتحقيق غاية، والالتزام ببذل عناية[28] .

([25]) د.عبد القادر العرعاري، المصدر السابق، ص14-15.
([26]) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 197، ص213. كما ينظر: نص المادة (199) من القانون المدني المصري التي نصت على "ينفذ الالتزام جبرا على المدين"، يقابله نص المادة (1/246) من القانون المدني العراقي.
([27]) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص8-9. كما ينظر: د. عبد القادر العرعاري، المصدر السابق، ص33.
([28]) د.عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، المصدر السابق، ص165.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أ- الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة:

يقصد بتحقيق الغاية هو مخالفة أو إخلال المدين بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، وعدم تحقيق او تنفيذ الغاية التي تعهد بتحقيقها، ففي عقد البيع يلتزم البائع بنقل ملكية الشيئ المبيع إلى المشتري، وهذا هو تحقيق الغاية المقصودة من البيع، فإذا لم يقم البائع بنقل الملكية يعتبر مخلاً بتنفيذ التزامه، ويترتب على ذلك قيام المسؤولية العقدية، ومن الأمثلة على ذلك التزام الناقل بتوصيل بضاعة معينة، أو التزام المقاول ببناء مبنى معين، وهذا الأمر ينطبق أيضاً إذا كان محل التزام المدين عدم القيام بعمل وقام به[29].

ب- الالتزام ببذل عناية:

يقصد بهذا الالتزام، في إن المدين قد أخل بتنفيذ التزامه إذا لم يبذل في تنفيذه العناية اللازمة، وهذا الالتزام ينصرف إلى بذل الجهد من أجل الوصول إلى غرض معين، وسواء تحقق الغرض أو لم يتحقق فهناك التزام بعمل، غير أن هذا العمل نتيجته ليست مضمونه، ووفقا لهذا المدين يبذل لتنفيذه قدراً معيناً من العناية، كما وعلى المدين أن يبذل في تنفيذ التزامه العناية التي يبذلها الشخص المعتاد، فإذا بذل الشخص العناية المعتادة يكون قد أوفى بالتزامه وإن لم يتحقق الغرض المقصود، ومن الأمثلة على ذلك التزام الطبيب بمعالجة المريض، وأن يبذ العناية اللازمة لمعالجة المريض، وعلى المستأجر المحافظة على العين المؤجرة في استعماله، وأن يبذل عناية الشخص المعتاد[30].

كما بينت المادة (170) من القانون المدني العراقي، في حال تجاوز الضرر مقدار التعويض الاتفاقي فلا يحق للدائن المطالبة بأكثر من هذا المقدار، إلا في حال ثبت للدائن"قيام المدين بارتكابه غش أو خطأ جسيم، أما من حيث إثبات الخطأ فالقاعدة العامة تقضي البينة على المدعي، وحيث إن الدائن هو المدعي فعبء الإثبات يقع عليه، فإذا أثبت ذلك بموجب القانون، فيتحمل المدين الخطأ، كما يحق للمدين أن يثبت عدم قيامه بتنفيذ الالتزام راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، كما قد يسأل الشخص عن المسؤولية التعاقدية عن خطأ الغير، في حال استخدم أشخاصاً لتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، ويكون مسؤولاً عن الضرر الذي يرتكبه هؤلاء الأشخاص[31].

---

(29) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديدان للإلتزام الحكم-القرار الإداري، ط1، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص169.

(30) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب-القانون، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان، ص657. كما ينظر: نص المادة (1/583) من القانون المدني المصري التي نصت على "يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد"، ونصوص المواد (1/641)، (720)، (704)، (211) من ذات القانون، كما ينظر: نصوص المواد (251)، (2/259)، (143) من القانون المدني العراقي.

(31) د.عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، المصدر السابق، ص166-167. كما ينظر: قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بصفتها التمييزية: نوع الحكم:مدني، رقم الحكم:78/المسؤولية العقدية/2007، تاريخ اصدار اللحكم:18/6/2007، مبدأ الحكم: إن التعويض عن الفرق بين البدلين لا يتحقق إلا إذا توفرت شروط وأركان المسؤولية العقدية من خطأ وضرر ورابطة سببية، وحيث لا ينسب للقاصر خطأ وإن أمواله محصنة عن أي التزام بموجب العقد سواء بالتعويض أم غير ذلك، وإن الذي

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ثانياً: الضرر

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، حيث إن المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية تدور مع الضرر وجوداً وعدماً وشدة وضعفاً فهو الركن الأهم، والضرر يعتبر الصورة الملموسة التي يتمثل فيها نتائج الخطأ العقدي، ويقصد بهذا بأن الخطأ إذا لم ينتج عنه ضرر فإنه لا يمكن الحديث عن قيام المسؤولية العقدية، لذا فإن الضرر هو الذي يصيب المتعاقد ويلحق به خسارة مالية وتضييع فرصة الربح منه، بشرط أن يتصل ذلك وبشكل مباشر بالفعل الموجب لقيام المسؤولية العقدية، وعبء اثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعي حصول الضرر، كما لو اشترى شخص دراجة نارية واتفق مع بائع الدراجة أن يكون التسليم في تأريخ معين ومحدد، غير أن بائع الدراجة تأخر في تسليم الدراجة عدة أيام، فإن مجرد تأخر البائع في تسليم الدراجة في الميعاد المتفق عليه لا يمكن اعتباره سبب كافي لوجود ضرر أصاب المشتري، إذ لابد على المشتري أن يثبت حصول ضرر لحق به جراء هذا التأخر في تسليم الدراجة [32].

والضرر ينقسم إلى مادي وأدبي، فالضرر المادي، هو الضرر الذي يصيب الإنسان في ماله أو في جسمه أو في عنصر من عناصر ذمته المالية، أما الضرر الأدبي، فهو الضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره وعاطفته، كالمساس بالكرامة والسمعة أو الآلام النفسية، كما لو أهمل الطبيب معالجة المريض الذي تحت رعايته فأحدث له عاهة دائمية، كما لو كان مطرباً أو رساماً وفقد صوته أو ذراعه أو بصره، فالطبيب يكون قد أحدث للمريض بالإضافة إلى الضرر المادي ضرراً أدبياً يصيبه في شعوره وعواطفه، نتيجة عدم تمكنه من الغناء أو الرسم أو النظر، وأن القانون المدني العراقي لم يأخذ بهذا النوع من الضرر في المسؤولية العقدية، غير أنه أخذ به في المسؤولية التقصيرية، أما في مصر، فإن المحكمة الإدارية العليا أكدت على حق الموظف صاحب الشأن في التعويض عما أصابه من الآلام نفسية بسبب عدم تنفيذ الحكم لصالحه[33].

كذلك فأن الضرر المادي ينقسم إلى قسمين ضرر مباشر أو ضرر غير مباشر، والضرر المباشر بدوره ينقسم إلى ضرر متوقع الحصول أو ضرر غير متوقع الحصول، والضرر المباشر ينصرف إلى إن المدين

أرتكب الخطأ هو شخص المدعى عليه الولي المجبر للقاصر، بتوقيعه عقد بيع دون أتباع الطرق القانونية المرسومة في قانون رعاية القاصرين لذا كان القاصر لا يصلح أن يكون خصماً وأن شاء المدعي إقامة الدعوى على المدعى عليه بصفته الشخصية للمطالبة بالضرر أن توفرت شروطه، الموقع الإلكتروني https://www.sjc.iq/qview.916/، تاريخ الدخول إلى الموقع 2025/2/26.

([32]) د.عبد القادر العرعاري، المصدر السابق، ص42-43.

([33]) د. أبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية في القانون، ط1، القاهرة، 2018، ص57.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

لم يقم بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، ويعتبر الضرر كذلك نتيجة طبيعية إذا لم يستطع الدائن أن يتوقاه ويتجنبه من خلال أن يبذل جهداً معقولاً، فالمدين سواء كان في المسؤولية العقدية أو في المسؤولية التقصيرية لا يسأل عن الضرر غير المباشر، غير أنه يسأل عن الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية، باستثناء في حالة قيام المدين بارتكاب خطأ جسيم او غش، فيتم سؤاله عن الضرر المباشر كله، بغض النظر كان متوقعاً أو غير متوقع، وتلحق به المسؤولية التقصيرية في هذه الحالة[34] .

ويتميز الضرر المتوقع عن الضرر غير المتوقع، كما لو تعاقد مزارع مع أحد متعهدي النقل، على القيام بنقل محاصيله إلى المدينة غير أن الناقل يخل بتنفيذ التزامه، فيقوم المزارع بالبحث عن ناقل آخر الذي بدوره يطلب سعراً مرتفع للنقل أعلى من السابق ويوافق عليه المزارع، بعد ذلك تهبط أسعار المحاصيل، فلو التزم الناقل الأول بتنفيذ الالتزام في الموعد المحدد والمتفق عليه لما أصاب المزارع خسارة في هبوط أسعار المحاصيل، وبذلك يكون الفرق في الاجرة التي قام بدفعها المزارع للناقل الثاني وبين الاجرة التي اتفق عليها مع الناقل الأول هو الضرر المباشر المتوقع، أما ما أصاب المزارع من خسارة بسبب الهبوط المفاجئ لأسعار المحاصيل تعتبر ضرر مباشر غير متوقع، كما أن الناقل الأول لا يكون مسؤولاً إلى عن الضرر المتوقع، وهو الفرق في الأجرة، أما ما أصاب المزارع من خسارة بسبب هبوط وتدني أسعار المحاصيل فلا يسأل الناقل الأول عنها، إلا إذا قام بارتكاب خطأ جسيم أو غش فحينئذ يسأل عن التعويض لما أصاب المزارع من خسارة، والمسؤولية التي تلحق بالناقل الأول هي المسؤولية التقصيرية[35] .

حيث بين المشرع المدني المصري في المادة (2/221)، في إن الالتزام إذا كان مصدره العقد، فالمدين الذي لم يصدر منه غشاً أو خطأ جسيماً، لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه في العادة وقت التعاقد[36]، أما الضرر غير المباشر، فإن التعويض لا يجوز فيه، لإنقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا حصل اعتداء بالضرب من قبل شخص على شخص أخر، وكانت نتيجة هذا الاعتداء اصابة

---

(34) د. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد- العراق، 1963، ص355-356. كما ينظر: نص المادة (3/169) من القانون المدني العراقي التي نصت على "فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً فلا يجوز في التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت".

(35) د. عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، المصدر السابق، ص168. كما ينظر: د. عبد الحق صافي، المصدر السابق، ص54-55.

(36) ينظر: نص المادة (2/221) من القانون المدني المصري، كما ينظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص683-684. كما ينظر: نص المادة (264) من قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر في 12 أغسطس 1913 التي نصت على " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشر عن عدم الوفاء بالالتزام. وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة التي يجب عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه".

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الأخير بعاهة دائمة، على أثرها ماتت والدة الشخص المصاب بالعاهة حزناً وكمداً على أبنها، فإن ما أصاب الشخص المصاب بعاهة وما لحق به من تعطل لإعماله وتكبده لنفقات العلاج وغيرها من الامور وما وقع عليه من عبء يعتبر ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه، غير أن موت والدة المصاب تعتبر ضرراً غير مباشر لا يجوز فيه الحكم بالتعويض[37] .

ويرى الباحث توافقه مع ما ذهبت به المادة (3/169) من القانون المدني العراقي، حيث إنه لا يسأل عن الضر غير المباشر لا في المسؤولية التعاقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فالمدين لا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية التعاقدية، إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر غير المتوقع، وتلحق مسؤوليته بموجب ذلك بالمسؤولية التقصيرية، كما يرى الباحث بأنه لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة الأضرار التي تصيب شخص (الدائن)، فحياة الشخص وسلامته هو الهدف الذي تسعى إليه جميع التشريعات.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا يكفي لتقرير وقيام المسؤولية العقدية أن يكون هناك خطأ قام به المدين أو يكون هناك ضرر يصيب الدائن، بل لابد أن يكون الضرر ناشئاً عن خطأ المدين، بمعنى أن تكون هناك علاقة سببية حتمية في إن الخطأ هو السبب في حصول هذا الضرر، وهذا ما يقصد به في العلاقة السببية بين الخطأ والضرر على أساس اعتبارها ركناً مستقلاً من أركان المسؤولية العقدية، كما وإن هذه العلاقة قد تنقطع وبذلك فإن مسؤولية المدين لا تتقرر، فالعلاقة السببية بين عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به وبين الضرر الذي أصاب الدائن إذا حصل فيها تدخل راجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو بسبب أجنبي أو فعل الغير أو خطأ الدائن نفسه، فهده العلاقة تنقطع[38] .

أما بالنسبة إلى عبء الإثبات في انقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فيقع على كاهل الدائن، لكونه هو الذي يدعي ذلك لذا وجب عليه إثباته، فتدخل القوة القاهرة أو السبب الأجنبي يقع عبء إثباته على الدائن، فالبينة على المدعي[39] .

---

(37) د. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص357.
(38) د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص184. كما ينظر: نص المادة (215) من القانون المدني المصري.
(39) ينظر: نص المادة (168) من القانون المدني العراقي التي نصت على "إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه".

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المبحث الثاني
المسؤولية التقصيرية

إن المسؤولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانوني، وهذا الالتزام العام تم فرضه من قبل القانون، وهو الالتزام بعدم الأضرار بالغير، كمن يكون سبباً في إتلاف مال الغير، بموجب ذلك يلتزم المسؤول بتعويض الضرر الذي أصاب المضرور من غير أن تكون هناك علاقة عقدية بينهما، لأنه يكون قد أخل بالتزام قانوني عام هو عدم الأضرار بالغير ففي المسؤولية العقدية أن الدائن والمدين مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أما في المسؤولية التقصيرية فإن المدين قد كان أجنبياً عن الدائن قبل تحقق هذه المسؤولية[40].

لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول أركان المسؤولية التقصيري، ونتناول في المطلب الثاني التمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

المطلب الأول
أركان المسؤولية التقصيرية

إن للمسؤولية التقصيرية، أركان ثلاثة كالمسؤولية العقدية، لابد من توافرها لتحقيقها، وهذه الأركان هي، خطأ المدين، والضرر الذي يصيب الدائن (المضار)، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فالمسؤولية التقصيرية تقوم عن مسألة الأفعال الشخصية على فكرة الخطأ، فالمسؤولية لا توجد من غير خطأ، كما ولابد من اثبات الخطأ، فإذا ثبت حصول الخطأ وتضرر الغير منه فإن مسبب ذلك الضرر يلتزم بتعويض الغير الذين لحق بهم ضرر[41]، وسوف نبين كل من هذه الأركان على الوجه الآتي:

أولاً: الخطأ

يعتبر الخطأ الركن الأول في المسؤولية التقصيرية وأساسها، فلا يكفي حصول ضرر بفعل شخص حتى يكون ملزماً بالتعويض، بل يجب أن يكون ذلك الفعل خطأ، وهو شرط ضروري في المسؤولية المدنية، لذا فإن الفقه والقضاء استقر على تعريف الخطأ في المسؤولية التقصيرية في إنه إخلال الشخص بالتزام قانوني مع ادراكه لهذا الإخلال، فالخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، في حين الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني عام بعدم الاضرار بالغير، والخطأ في المسؤولية

(40) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص748.
(41) د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص225.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التقصيرية يقوم على عنصرين أو ركنين، أولهما مادي أو موضوعي وهو التعدي أو الإخلال، والثاني معنوي أو نفسي أو شخصي وهو الادراك أو التمييز، فلا خطأ من غير ادراك[42] .

أ- العنصر المادي في خطأ التعدي أو الانحراف

فالتعدي هو الإخلال بالتزام قانوني عام يقوم على عدم الاضرار بالغير، أي هو كل انحراف على السلوك المألوف للشخص العادي، كما يراد بالتعدي تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه، فالقانون يوجب نصوص خاصة تكون ملزمة للمكلف القيام بأعمال معينة أو الامتناع عنها، فأن التزم بتلك الأعمال أدى ما عليه من واجب ولم يقع في الخطأ، وإلا فيكون مخطئأ ويتحمل مسؤولية الأضرار التي أحدثها للغير نتيجة ذلك الخطأ، ومثال ذلك القانون يوجب عدم تجاوز السرع المحددة على الطرق، واستخدام مصابيح السيارة ليلاً، فالإخلال بهذا الالتزام يعتبر تعدياً، كذلك الشخص إذا تعمد الأضرار بالغير يكون متعدياً، وهذا يسمى بالجريمة المدنية، كما أن التعدي قد يقع من غير تعمد بسبب الاهمال أو التقصير، كما لو دهس شخص من قبل سائق السيارة لتجاوزه السرعة التي فرضها القانون، وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية، وبذلك فأن الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي، والخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فكل منهما يوجب التعويض عن الضرر[43] .

يتجه الفقه والقضاء إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي، فهو معيار لا يتغير من شخص إلى اخر، بل هو مقياس ثابت للجميع، وإن معيار الانحراف في قياس السلوك يستلزم النظر إلى المألوف من سلوك الشخص العادي، أي متوسط الذكاء والفطنة واليقظة، بحيث يقاس به سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي، فإذا لم ينحرف في مسلكه عن المألوف في مسلك الشخص المعتاد، فلا يكون الشخص متعدياً، وانتهى عنه الخطأ ولا يتحمل أي مسؤولية، وعلى العكس يعتبر متعدياً إذا انحرف في سلوكه عن ما هو مألوف من مسلك الشخص المعتاد، بغض النظر عن الظروف الخاصة بالشخص، والتي قد تختلف من شخص إلى أخر، فإذا سلك الشخص مسلكاً مخالفاً كان هذا المسلك مخلاً بثقة الغير، ووفقاً لذلك فإذا تعمد الشخص الأضرار بالغير فهو الانحراف بحد ذاته، والذي يمثل الركن المادي للخطأ، ويسمى بالتعدي[44] .

([42]) د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام الفعل الضار، الفعل النافع، المصدر السابق، ص50
([43]) د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص64-65.
([44]) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص780-781.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ب- العنصر المعنوي في الخطأ (الإدراك)

إذا كان الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي هو الركن المادي في الخطأ، فإن إدراك الشخص لما في مسلكه من انحراف هو ركنه المعنوي، ويعتبر الإدراك العنصر الثاني من عناصر الخطأ، فلا يكفي لقيام الخطأ توافر العنصر المادي وحده أو وقوع الاخلال فقط أو التعدي على حق الغير، بل يجب إلى جانب ذلك من إمكانية لوم الشخص على عمله، فاللوم يقتضي أن يكون الشخص مميزاً يمكنه التمييز بين الخطأ والصواب، بمعنى أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركاً لها، قادراً على التفرقة بين الخير والشر، فلا مسؤولية لعديم التمييز، مهما كان نوع هذه المسؤولية جنائية أو مدنية[45].

حيث بين المشرع المدني المصري في المادة (164)، بأن الشخص يكون مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز[46] ، أما المشرع المدني العراقي فقد كان له رأي أخر أختلف فيه عن غيره من التشريعات العربية متأثراً في ذلك بالفقه الاسلامي، حيث قضى بمسؤولية عديم التمييز وجعل مسؤوليته مسؤولية أصلية وليس احتياطية، كما هو الحال في التشريعات المدنية العربية، فالمضار يرجع على الشخص عديم التمييز في حال كان له مال، أما إذا لم يكن لديه مال جاز للمحكمة أن تلزم الولي أو القيم أو الوصي بمبلغ التعويض، كذلك فأن المشرع المدني العراقي جعل مسؤولية عديم التمييز مسؤولية أصلية وإن كانت مخففة، فقد الزم القاضي بأن يأخذ مركز الخصوم بعين الاعتبار، وهذا فيه تخفيف للمسؤولية[47].

ثانياً: الضرر

يقصد به الاذى الذي يصيب حقا أو مصلحة مشروعة للانسان، مهما اتصل هذا الحق بجسم الانسان أو بماله أو عواطفه أو شرفه أو اعتباره، وحيث إن المسؤولية المدنية تقوم على أساس الضرر غير المشروع الذي يصيب الشخص، وأن الجزاء في هذه المسؤولية يكون تعويض الضرر، لذا فإن الضرر هو جوهر المسؤولية التقصيرية الذي يدور معها من حيث وجودها وعدمها، فإذا ما انعدم الضرر انعدمت معه هذه المسؤولية مهما بلغ جسامة الخطأ، فلو شرع شخص باطلاق النار على شخص أخر ولم يصيبه فأنه لا يسأل مدنيا لانعدام الضرر، والضرر نوعان، أما ضرر مادي أو ضرر أدبي، فالأول يتعلق بالجانب المالي الذي

---

(45) د.محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2011، ص41.
(46) ينظر نص المادة (164) من القانون المدني المصري، والمادة (165) من القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949، والمادة (122) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
(47) د. عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، المصدر السابق، ص218-219. كما ينظر: د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص230. كما ينظر: نص المادة (191) من القانون المدني العراقي.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يصيب الشخص، كالمساس بالحقوق المالية للشخص كحق الملكية عن طريق الاتلاف أو الغصب أو ما يمس صحة الانسان وسلامة جسمه، والثاني يتعلق بسمعة وشرف الشخص واعتباره ومركزه عن طريق السب أو القذف[48].

فقد بين المشرع العراقي في المادة (205) حق التعويض، وهذا الحق يتناوله الضرر الأدبي، فأي تعد يطال الغير في سمعته أو شرفه أو عرضه أو في مركزه الأجتماعي أو المالي يجعل من الشخص الذي سبب ضرر للغير أو الطرف المعتدي مسؤولاً عن التعويض، كما أن للأزواج وللأقربين من الأسرة الجواز بالحصول على تعويض نتيجة عما يلحق بهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب، وإن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الغير إلا في حال تحديد قيمته بموجب أتفاق أو حكم بات[49].

ومن ناحية أخرى فإن الضرر ينقسم إلى ضرر مباشر، وضرر غير مباشر، والأول ينقسم إلى ضرر متوقع، وضرر غير متوقع، والمدين في المسؤولية التقصيرية يتم سؤاله عن التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقعاً[50]، ومن شروط الضرر الذي ينبغي التعويض عنه توافر شروط منها:

1- **أن يكون الضرر محققاً**

أي أن يكون الضرر محقق الوقوع، وقع فعلاً وليس افتراضياً أو احتمالياً، بمعنى أن الشخص الذي يطالب بالتعويض قد أصابه أذى من فعل الفاعل، فلو قام شخص بأطلاق النار على أخر فأخطأه، فمطلق النار (الفاعل) لا يتم مطالبته بالتعويض، لإنتفاء الضرر، كما أن وجود الضرر لا يعني وقوعه في الحال، بل يكفي أن يكون وجوده مؤكداً وقع فعلاً حتى إذا امتد وقوعه أو حصوله إلى المستقبل، كما لو تعرض شخص ما إلى إصابة ولم يتم التعرف على حجم الإصابة وجسامتها، فيمكن لقاضي الموضوع الحكم بالتعويض لصالح الشخص الذي أصابه ضرر واقع في الحال، مع احتفاظ المصاب بحقه في الرجوع على مسبب الضرر (الفاعل) في حالة ساءت حالته بعد ذلك[51].

وإن التعويض عن الضرر الذي تبينت معالمه وحدوده النهائية والذي وقع فعلاً، لا صعوبة بتعينه والحكم بالتعويض، لكن الصعوبة تكمن في تمييز الضرر المستقبل عن الضرر المحتمل، فالأول هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، كما لو تعرض شخص إلى عاهة مستديمة جعلته يكون عاجزاً عن الكسب مستقبلاً، فإصابة الشخص حقيقية، غير أن الخسار المالية التي تعرض لها نتيجة

([48]) د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص222.
([49]) ينظر: نص المادة (205) من القانون المدني العراقي.
([50]) د. محمد بن حسين الشامي، المصدر السابق، ص361.
([51]) د. بلحاج العربي، المصدر السابق، ص158-159. كما ينظر: د. محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام المسؤولية المدنية، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2012، ص46.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

عجزه عن الكسب شمل جميع ما كان سيربحه من عمله في مستقبل حياته، فالضرر في المستقبل يعتبر أكثر لهذا الشخص، وبذلك فإن هذا النوع من الضرر يكون في حكم الضرر المحقق، ويستتبعه المسؤولية والتعويض[52] .

أما الضرر المحتمل، هو الضرر الذي لم يقع بعد، ولا يوجد ما يشير إلى أنه سوف يقع في المستقبل، فهو ضرر قد يحصل وقد لا يحصل، وهذا النوع من الضرر لا يستحق عنه أي تعويض ما دام لم يتحقق فعلاً، لذا فهو ضرر يقوم على الافتراض، وأن الأحكام القانونية لا تقوم على الافتراض، كما ولا يصح لقيام المسؤولية المدنية، ، فلا يحق لأصحاب المنازل المجاورة لمحلات خطرة المطالبة بالتعويض، نتيجة الأضرار التي قد تلحق بهم بسبب الانفجارات المحتملة، كما ويجب التمييز بين الضرر المحتمل وبين فوات الفرصة، فهذا يترتب عليه ضرر حال وليس ضرر محتمل فقط، فالشخص الذي يكون سبباً بمضي مدة الطعن بالاستئناف في حكم من الأحكام أو أن يكون سبباً في مضي مدة الدخول إلى الامتحان على الطالب، يترتب عليه ضرر، والقضاء المصر يأخذ بمبدأ التعويض عن فوات الفرصة متى ما كانت حقيقية وجدية .[53]

أما بالنسبة إلى القضاء في العراق فقد مر بمرحلتين، المرحلة الأولى رفض الأخذ بفكرة التعويض عن تفويت الفرصة، أما المرحلة الثانية فقد عاد وأخذ بها، وعند الرجوع إلى المرحلة الأولى كان يستند إلى أن الضرر في تفويت الفرصة هو ضرر احتمالي، لا يوجب التعويض عنه، وفي ضوء ذلك قضت محكمة التمييز بأن مطالبة المميزة بإحجام طالبي الزواج من خطيبها لإشاعة زواجها من المميز عليه كسبب للمطالبة بالتعويض هو في مجال الخيال، فالتعويض يحكم به لتلافي ضرر محقق، وبما انه في الحالة هذه لم يتم التحقق منه، فيكون رد الدعوى موافقاً للقانون[54] .

أما في المرحلة الثانية فقد عاد القضاء وأخذ بهذه الفكرة، وذهب إلى التعويض عن تفويت الفرصة، حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية بعدم تعويض المدعي عن تفويت الفرصة المتمثلة بأجر المثل للدكاكين التي أوقفته البلدية عن بنائها بعد الحصول على الإجازة في بنائها، باعتبار ذلك ضرراً احتمالياً غير مرجحاً،

([52]) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المصدر السابق، ص139. كما ينظر: نص المادة (170) من القانون المدني المصري التي نصت على "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين 221، 222 مراعياً في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

([53]) د. سمير عبد السيد تناغو، المصدر السابق، ص248. كما ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم الحكم 213/212/الهيئة الموسعة المدنية/2018، مبدأ الحكم / على المحكمة أن تحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، الموقع الإلكتروني https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1909-m1406، تاريخ الدخول للموقع 2025/4/18.

([54]) ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم 761/56، مجلة القضاء، العدد 3، ص79.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بينما قررت التعويض عن تفويت الفرصة في تشييد الحوانيت لكونها تشكل كسباً احتمالياً مرجحاً[55]، وهو ما ذهب إليه القضاء المصري لاحقاً أيضاً[56].

2- **المساس بحق أو بمصلحة مالية للمضرور**

قد لا يرتب الضرر في إخلال بحق ثابت للمضرور، ولكن بمجرد مصلحة مالية له لم ترق إلى درجة الحق، فإذا قام أحد الاشخاص بقتل شخص كان يعيل أحد أقربائه من غير ان يكون للأخير الحق من الناحية القانونية في النفقة قبل عائله، فقتل العائل إذن والفرض أنه لا يلتزم قانوناً بالإنفاق على من يعوله، لا يعتبر ماساً بحق له، ولكن بمصلحة مالية، وهذا يكفي للحكم بتعويض للمضرور الذي تضررت مصلحته المالية، ويشترط لذلك قيام المضرور بإثبات أن العائل كان يعوله فعلاً وقت وفاته، وعلى نحو دائم ومستمر، وإن فرصة الاستمرار في المستقبل محققه، كما ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون هناك مساس بمصلحة مشروعة، أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها، ولا يترتب على الإخلال بها أي مسؤولية[57].

3- **أن لا يكون قد سبق تعويضه**

يشترط في الضرر أن لا يكون قد سبق تعويضه، فلا يحق للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه، فإذا قام مسبب الضرر اختيارياً بتعويض المتضرر، فيكون قد أوفى بالتزامه بهذا الجانب، ولا يجوز مطالبته بعدئذ بالتعويض عن ذات الضرر، غير أن ذلك لا يعفي بالرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض الذي قام به، أما إذا كان المضرور مؤمناً على نفسه ضد ما قد يتعرض له من حوادث كالسرقة والحريق أو تلف الأشياء وغيرها من الامور، فأنه يمكنه بعد أن يحصل على تعويض من شركة التأمين أن يطالب مسبب الضرر بما لم يشمله مبلغ التأمين[58].

4- **أن يكون الضرر شخصياً**

بمعنى أن الشخص الذي قام برفع دعوى التعويض يجب أن يكون هو الشخص المتضرر، وإلا فإن الدعوى لا تنظر من قبل المحكمة، باستثناء ما يتعلق بالضرر الجماعي، حيث أجاز المشرع لبعض

([55]) محكمة التمييز العراقية، رقم القرار 221/82، مجموعة الأحكام العدلية، العدد 3، س13، العراق، 1982، ص13. كما ينظر: د. عبد الحق صافي، المصدر السابق، ص102-103.

([56]) قرار محكمة النقض المصرية، رقم 3199 لسنة 1979 قضائية، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، السنة 61، 2010، ص458. كما ينظر: وليد بسيم عبود العنكز، التعويض عن تفويت الفرصة في المسؤولية التقصيرية، بحث منشور، مجلة القرار، العدد7، المجلد3، 2024، ص88. كما ينظر: نص المادة (3/169) من القانون المدني العراقي، والمادة (425) من المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي لعام 1986، التي تقضي بأنه يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة على المتضرر إذا رجح لدى المحكمة أمكان الإفادة منها.

([57]) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام العقد –الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية-الإثراء بلا سبب، القاهرة، 2008، ص183.

([58]) د. بلحاج العربي، المصدر السابق، ص166. كما ينظر: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانوني المدني دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية-معززة باراء الفقه واحكام القضاء، ط1، منشورات دار آراس، اربيل- العراق، 2006، ص306.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الأشخاص الاعتبارية كالنقابات والمنظمات والجمعيات حق رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي تمس المصلحة الجماعية للمهنة[59] .

5- **يجب أن يكون الضرر مباشراً**

في المسؤولية التقصيرية يلتزم المدين بالتعويض عن الضرر المباشر متوقعاً كان أو غير متوقع، بغض النظر عن جسامة الخطأ ودرجته، لكون القانون الزمه بالتعويض عن أي ضرر يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، أما الضرر غير المباشر فلا يسأل المدين عنه في كلا المسؤوليتين، أما معيار التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر هو ما بينه المشرع المدني العراقي في المادة (207)، إن المحكمة تقدر التعويض في جميع الأحوال، وفق القدر الذي لحق بالمتضرر من ضرر وما فاته من كسب، بشرط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع، وبذلك فالمعيار هو أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ، فمن يطالب بالتعويض وفقاً للمسؤولية التقصيرية يجب عليه إثبات الخطأ والضرر والرابطة السببية، طبقاً لما جاء بالقواعد العامة في الاثبات [60].

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

تعتبر العلاقة السببية ركناً مستقلاً عن ركني الخطأ والضرر، وهذه العلاقة ركن أساسي في المسؤولية المدنية، فالضرر في هذه العلاقة يكون نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام التعاقدي الذي تعهد بتنفيذه في المسؤولية العقدية، كما يكون نتيجة مباشرة للإخلال بواجبه القانوني في المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي لقيام المسؤولية ارتكاب الخطأ وإصابة المضرور بضرر، بل لابد أن يكون الخطأ هو الذي سبب الضرر، فقد يقع كل من الخطأ والضرر ولا تتحقق العلاقة السببية بينهما، مثال ذلك، قيادة الشخص لسيارة من غير أن يكون لديه أجازة قيادة، وقيامه بدهس شخصاً عبر الطريق فجأة ولم يكن في وسعه تفاديه، فالخطأ هنا هو قيادة السيارة دون رخصة، والضرر أصابة أحد المارة، وسائق السيارة لا يسأل عن الضرر لأن ما ارتكبه من خطأ بقيادة السيارة من غير رخصة لم يكن هو سبب الضرر، بل السبب أجنبي هو خطأ المصاب بالعبور [61] .

---

(59) د. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج1، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، 2003، ص312.

(60) د. عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، الصدر السابق، ص214. كما ينظر: نص المادة (207) من القانون المدني العراقي، والمادة (241) من القانون المدني المصري. كما ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم الحكم:213/212/ الهيئة الموسعة المدنية/2018، مبدأ الحكم: على المحكمة ان تحكم بالتعويض في المسؤولية التقصيرية عن الضرر المباشر، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، الموقع الإلكتروني https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1909-m1406 ، تأريخ الدخول للموقع 2025/4/30.

(61) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (الكتاب الأول) مصادر الإلتزام، المصدر السابق، ص465.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وينبغي لنا أن نحدد ماهي الأضرار الناتجة عن الخطأ وغير الناتجة عنه، ومن ثم فان تعدد الأسباب وتعاقب الأضرار يؤدي إلى تعقيد فكرة السببية، لذلك لابد لنا من إيضاح حقيقة هذه الفكرة المنطقية أن نقف على تعدد الأسباب، وتعاقب الأضرار وكيفية قطع هذه العلاقة بين الخطأ والضرر وذلك من خلال النظريتان الآتيتان.

1- **نظرية تعدد أو تكافىء الأسباب**

هذه النظرية للفقيه الألماني فون بري، بمقتضى هذه النظرية ينبغي بحث جميع الأسباب كلاً على انفراد، ليتم منها تعيين ما يصح القول به أنه لولا حدوثه لما حصل الضرر، لأن كل الأسباب التي تداخلت واشتركت في وقوع الضرر تعتبر أسباب متساوية أو متكافئة، لذلك سميت هذه النظرية بنظرية تعادل الأسباب أو تكافؤ الأسباب، ومثال ذلك، لو ترك شخص سيارته على الطريق العام ولم يقم بإغلاق أبواب السيارة، وقام شخص أخر بسرقة السيارة وقيادتها بسرعة وتهور فدهس شخصاً كان تحت تأثير الكحول يسير في عرض الطريق، فالضرر في هذه الحالة نتج عن ثلاثة أسباب، إهمال صاحب السيارة بعدم اغلاقها، والسرعة المتهورة للسارق، وسير الشخص تحت تأثير الكحول في عرض الطريق، كل تلك الأسباب تتساوى في إحداث الضرر، ويعتبر كل منها سبباً له[62] .

2- **نظرية السببية الفعالة أو لسبب المنتج**

هذه النظرية للفقيه الألماني فون كريس، تقوم هذه النظرية على التفرقة، عند تعدد الأسباب، بين الأسباب المنتجة والأسباب العارضة، فإذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التمييز بين الأسباب الثانوية أو العارضة والأسباب المنتجة، وبالتالي يجب إهمال الأسباب الثانوية أو العارضة، والاعتداد بالأسباب المنتجة، فالأخيرة تعتبر أسباب الضرر، ويكون السبب منتجاً إذا ثبت أن الضرر كان نتيجة له وإنه كان كافياً لإحداث الضرر، لذا فإن السبب المنتج هو السبب القانوني الذي يقف عنده القانون، أما الأسباب العارضة فهي أسباب غير مألوفة لا تحدث في العادة هذا الضرر، غير انه وقع عرضاً، ففي المثال السابق يعتبر خطأ صاحب السيارة وإهماله بعدم اغلاق السيارة والمحافظة عليها من السرقة سبباً عارضاً، كونه سبب غير مألوف بوقوع الضرر، أما خطأ السارق في قيادته السيارة المسروقة بسرعة وتهور ووقوع الضرر من خلال دهس المصاب فهو سبب منتجا يجب الاعتداد به[63] .

أما بالنسبة إلى إثبات علاقة السببية فيقع على مدعي التعويض أي المضرور، لأن على المدعي إثبات أركان المسؤولية، من توافر العلاقة السببية بين الضرر الذي لحقه وخطأ المدعى عليه، وإثبات ذلك من

(62) د. أحمد عبد الدائم، المصدر السابق، ص466. كما ينظر: د. عبد الحق صافي، المصدر السابق، ص114.
(63) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المصدر السابق، ص193-194. كما ينظر: د. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات أحكام الالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 ص470.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

خلال قرائن الحال، وفي كثير من الحالات تنتفي الحاجة إلى إثباتها لوضوح القرائن، وعندئذ يقع عبء النفي على المدين بعد أن يتحول عليه ذلك من الدائن، وحيث إن بوسع المدين نفيها بطريقتين، أولهما الطريق المباشر، من خلال نفي العلاقة السببية عن طريق إثبات خطأه التقصيري لم يكن هو السبب في الضرر الذي لحق بالمدعي، أما الطريق غير المباشر فهو يقوم على نفي العلاقة السببية من خلال إثبات وجود السبب الأجنبي الذي دفع بالمدين إلى أن يقوم بالعمل الذي نشأ عن ضرر، أو إثبات بأن السبب الأجنبي هو الذي أصاب المدعي بضرر مباشر[64].

وقد أشارت المادة (211) من القانون المدني العراقي إلى أثر السبب الأجنبي وعددت صوره، حيث بينت هذه المادة أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر الذ لحق به قد نشأ عن سبب أجنبي لا دخل له فيه، كما لو كانت آفة سماوية أو حادث فجائي أو بسبب قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك[65].

وبذلك يرى الباحث إن المشرع العراقي لم يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التعاقدية، غير أنه أخذ بها وبشكل صريح في المسؤولية التقصيرية، كما أن التعويض عن الضرر الأدبي يكون مقتصراً على المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية التعاقدية، وأن التعويض عن الضرر يكون متصلاً بالشخص (الدائن) الذي سبب الضرر ولا ينتقل إلى الغير، أما إذا كانت النتيجة موت الشخص المصاب بسبب الضرر الأدبي، فإن التعويض ينتقل إلى الأزواج والأقربون، كما أن المشرع المدني العراقي أخذ بتفويت الفرصة التي يقتضي معها التعويض، على أن تكون الفرصة مشروعة وجدية وحقيقية، وأن يكون فوات الفرصة بصفة نهائية، كما أن القضاء العراقي يعول على نظرية السبب المنتج أو الفعال.

المطلب الثاني

التمييز بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية

لا ريب أن أحكام المسؤولية العقدية تختلف عن أحكام المسؤولية التقصيرية في أمور كثيرة[66]، ورغم أوجه التشابه بينهما، غير أن هناك اختلافات متعددة تحكم العلاقة بين المسؤوليتين، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ونتناول في الفرع الثاني تزاحم المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

(64) د. عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، المصدر السابق، ص240.
(65) ينظر: نص المادة (211) من القانون المدني العراقي التي جاءت موافقة للمادة (165) من القانون المدني المصري، مع الأشارة إلى أن المشرع المدني المصري أستخدم كلمة (التعويض) بدلاً من كلمة (الضمان) التي نص عليها المشرع المدني العراقي.
(66) محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام المسؤولية المدنية، ط2، مجمع الاطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2019، ص24.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية

إذا كان الفقه الحديث يرى عدم التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية، غير أن هناك من الفوارق الجوهرية التي لا يسمح بإدماجهما معاً، لاختلاف التنظيم التشريعي لكل من المسؤوليتين، فإذا كانت المسؤولية العقدية هي الجزاء على الإخلال بالتزام عقدي، فإن المسؤولية التقصيرية تعنى بالجزاء على الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، وهذه الفروق هي في الإعذار، والأهلية، والإثبات، ومدى التعويض والتضامن، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية(67) ، وتبرز هذه الفروقات من خلال الآتي:

1. **الإعذار**

تقتضي القاعدة في بيان المسؤولية العقدية أن التعويض لا يستحق إلا بعد إعذار الدائن للمدين، ما لم ينص على خلاف ذلك، ويكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، أما في المسؤولية التقصيرية فإن الدائن يعفى من إعذار المدين، ولا يحتاج إلى مثل هذا الإعذار أو الإنذار(68) .

2. **الأهلية**

يتطلب القانون كمال الأهلية أي بلوغ سن الرشد في المسؤولية العقدية، على أعتبار أن عنصر الاهلية في هذه المسؤولية يترتب عليها الإخلال ببنود العقد، لذلك لابد أن يكون الشخص كامل الاهلية، أما في ميدان المسؤولية التقصيرية فلا يتطلب الشخص أن يكون كامل الأهلية، بل يكفي أن يكون مميزاً لنتائج وعواقب الأفعال التي يقوم بها(69) .

3. **من حيث مدى التعويض عن الضرر (الضمان)**

في المسؤولية العقدية يقتصر التعويض على الضرر المتوقع، فالمتعاقد الذي يخل بالالتزامات التي تعهد بها في العقد لا يلتزم بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت إبرام العقد، بأستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم فإن التعويض يشمل الضرر التوقع والضرر غير المتوقع، أما في بيان المسؤولية التقصيرية

---

(67) د. يحيى محمد حسين راشد الشعيبي، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار أمجد للنشر والتوزيع، 2019، ص218-219.

(68) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، ج3، مطبعة نهضة مصر، 1953، ص154. كما ينظر نصوص المواد (218، 219) من القانون المدني المصري، يقابله نصوص المواد (256،257) من القانون المدني العراقي التي جاءت موافقة له.

(69) حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص14-15.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فإن التعويض الذي يلتزم به المسؤول عن الفعل غير المشروع، يتضمن كل الضرر الذي تسبب به ما دام مباشراً، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع[70].

4. **الإعفاء الاتفاقي من المسؤولية**

في إطار المسؤولية العقدية يجوز الاتفاق على حدود معينة من الإعفاء، حيث يمكن أن يتم الاتفاق مقدماً في العقد على إعفاء المتعاقد من أي مسؤولية تقع على كاهله نتيجة عدم تنفيذه الالتزام الذي تعهد به، أو الاتفاق على التخفيف من المسؤولية، باستثناء إذا ما كان ذلك صادر عن غشه أو خطئه الجسيم، كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء ما يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم لتنفيذ التزامه من مسؤولية الغش أو الخطأ الجسيم، أما في إطار المسؤولية التقصيرية فيقع باطلاً كل شرط أو اتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية [71].

5. **من حيث التضامن**

في حال تعدد المسؤولون في المسؤولية العقدية، فلا يفترض التضامن بينهم، فالتضامن لا يوجد إلا إذا ورد به نص خاص في القانون أو تم الاتفاق عليه، ففي المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن، أما في حال تعدد المسؤولين عن الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية، فإن التضامن يكون ثابت بينهم بحكم القانون، ويكونوا ملتزمين بالتضامن في ما بينهم عن تعويض الضرر، أما بالنسبة إلى مسؤولية ذلك فتكون بالتساوي بينهم، إلا إذا قدر قاضي الموضوع نسبة كل منهم في التعويض[72].

6. **من حيث التقادم**

في المسؤولية التقصيرية فإن الدعوى تسقط بمرور مدة ثلاث سنوات من وقت حصول العلم بوقوع الضرر وبشخص المسؤول عنه، أما إذا كانت الدعوى الجنائية قائمة فلا تسقط، أما بالنسبة إلى دعوى المسؤولية العقدية فلا تسقط إلا بمرور خمس عشرة سنة وفقاً للقاعدة العامة في التقادم[73].

7. **من حيث الإثبات**

يقع عبء الإثبات في المسؤولية العقدية على كاهل المدين، وهذا الاتفاق فقهي وتشريعي، إذا لا بد على المدين أن يثبت أنه قام بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو يثبت وجود السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ التزاماته، أما في المسؤولية التقصيرية فإن عبء الإثبات يقع على كاهل الدائن المتضرر، والذي يشترط فيه إثبات

---

(70) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص247.

(71) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص376. كما ينظر: د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص254. كما ينظر: نص المادة (217) من القانون المدني المصري، والمادة (259) من القانون المدني العراقي.

(72) هناء خيري احمد خليفة، المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992، ص121.

(73) د.عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص752.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تدور بين الخطأ والضرر، حتى يستطيع الحصول على حقه في التعويض[74].

الفرع الثاني

تزاحم المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية (عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين)

قد يترتب على فعل واحد إخلالاً بالتزام تعاقدي، وإخلالاً بالتزام تقصيري في ذات الوقت، كما لو أخطئ الطبيب المشرف على علاج المريض، فيترتب على ذلك الخطأ ضرر بالمريض، وبذلك فإن خطأ الطبيب أجتمع به وصفين، الأول التزام عقدي نتيجة خطأ الطبيب في معالجة المريض، والثاني التزام تقصيري نتيجة الضرر الذي سببه للمريض، مخالفاً بذلك الواجب القانوني العام المفروض على كل شخص بعدم تسببه ضرراً للغير، إزاء ذلك يثار سؤال هل يمكن للمريض الذي تعرض للضرر بأن يرجع على الطبيب متسبب الضرر بدعوى المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية معاً، وهل يجوز له أن يختار بين الدعويين لما يراه محققاً مصلحته[75].

إن من الأمور المتفق عليها هو عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين، فإذا كانت شروط المسؤولية العقدية غير متوافرة، فليس هناك مشكلة تزاحم بين المسؤوليتين، إذ لا مجال إلا بتطبيق المسؤولية التقصيرية، وأن مشكلة التزاحم بين المسؤوليتين لا تثار في حال كان هناك عدة أشخاص مسؤولين عن تعويض الضرر، وكل منهم ملتزماً بالتزام مغاير، كما لو كان أحدهم ملتزماً التزام قانوني فقط، والآخر ملتزم التزاماً عقدياً فقط، فإن المضرور لا يجوز له الرجوع على أي منهم إلا على أحد الأساسين فقط، العقدي أو التقصيري، كما أن القاعدة في هذا الشأن أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين من أجل الحصول على تعويضين عن نفس الضرر، فلا يحق للشخص الذي أصابه ضرر الحصول على تعويض بموجب المسؤولية العقدية، ثم يقيم دعوى أخرى بموجب المسؤولية التقصيرية، بمعنى أنه لا يجوز للمضرور أن يرفع الدعويين معاً، لأنه لو فعل ذلك سيحكم له بتعويض عن فعل واحد، وهذا لا يجوز، فالضرر الواحد لا يجوز التعويض عنه مرتين، لان الهدف من قيام المسؤولية جبر الضرر الذي حصل للمضرور فقط وليس الإثراء على حساب المسؤول[76].

كذلك لا يجوز للمضرور الجمع بين مزايا كلا المسؤوليتين بما يحقق مصلحته من أحكامهما، كأن يتمسك بالتضامن المفترض في المسؤولية التقصيرية، أو أن يتمسك بعدم سماع الدعوى بمضي مدة خمسة

---

[74] د. يحيى محمد حسين راشد الشعيبي، المصدر السابق، ص220.
[75] د. أمجد محمد منصور، المصدر السابق، ص249-250.
[76] د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام الفعل الضار، الفعل النافع، المصدر السابق، ص33.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

عشرة سنة في المسؤولية العقدية، كما لا يجوز للمضرور أيضاً أن يرفع إحدى الدعويين، فإذا لم يستطيع أن ينجح في الحصول على تعويض من خلالها، لجأ إلى إقامة دعوى بالمسؤولية الأخرى، فالدعوى الثانية سوف ترد لسبق الفصل بها، فالسبب واحد وهو الفعل الضار[77].

ويرى الباحث أن اللجوء الى الخيرة أفضل لأمرين، أولهما إن القواعد القانونية في المسؤولية التقصيرية تعتبر من النظام العام، لا بد من الأخذ والتمسك بها عند تعذر اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية، من أجل المطالبة بالتعويض نتيجة عدم تنفيذ الالتزام العقدي، كما نرى أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لا يتعدى أثره إعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب نتيجة عدم قيامه بتنفيذ التزامه العقدي وإعفائه من إثبات السبب الاجنبي، وثانيهما التمسك بمبادئ تحقيق العدالة في المجتمع، فلابد للمضرور من الحصول على تعويض عن الفعل الضار الذي أصابه، إذا لم تسعفه قواعد المسؤولية العقدية.

الخاتمة

المسؤولية في اللغة مصدرها صناعي، يرجع للفعل سأل، ويقصد بها المحاسبة والمؤاخذة وتحمل التبعة والجزاء، وهذا هو المفهوم الحقيقي من معنى المسؤولية في اللغة، أما اصطلاحاً، فيقصد بها أن يتحمل الشخص نتائج التصرفات كافة التي يقوم بها باختياره، مع علمه المسبق بنتائج تلك التصرفات المقصرة الصادرة عنه أو عن من يقوم بالأشراف عليه ومراقبته، والمسؤولية المدنية التي تعتبر أحد أهم مقومات النظام القانوني والاجتماعي، حيث إن كل شخص طبيعي عاقل يكون مسؤول عن تصرفاته وأقواله وأفعاله، بمعنى يكون ملزم باحترام القواعد القانونية والاجتماعية أمام الآخرين، وبعدم إلحاق الأذى والضرر بهم، فإذا لم يلتزم بتلك القواعد، وجب عليه الجزاء والتعويض، والمسؤولية المدنية بوجه عام تعنى بتعويض الضرر الذي ينجم نتيجة مخالفة أو إخلال الشخص بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، حيث تنصرف هذه المسؤولية للتعبير عن الفعل الضار، وما يترتب على هذا الفعل من التزامات بتعويض الشخص المضرور، وأن هذه المسؤولية تنقسم إلى مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيرية، فتكون الأولى ناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي، أما الثانية فتكون ناجمة عن الإخلال بالتزام قانوني.

---

(77) د. عبد الحق صافي، المصدر السابق، ص22. كما ينظر: إلى محكمة النقض المصرية إلى أنه إذا اختلف سبب الدعويين فلا نكون بصدد جمع بين المسؤوليتين، حكم في 29/أبريل 1980، مجموعة المكتب الفني، س32، ص1328. كما ينظر: إلى الحكم الصادر عن المحكمة العليا / محكمة النقض المنعقدة في رام الله / دولة فلسطين/ القضية رقم 2019/1047، تأريخ الفصل 19 فبراير، 2023، الموقع الإلكتروني https://maqam.najah.edu/judgments/9108/ ، تاريخ الدخول للموقع 2025/5/16. كما ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2020/417، الموقع الإلكتروني https://www.facebook.com/100057180861320/posts/2105782352899091/، تاريخ الدخول إلى الموقع بتاريخ 2025/5/16.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

- **النتائج:**

1. أن أساس المسؤوليتين بنوعيها إخلال بالتزام، وهما في الحالتين ذات طبيعة واحدة سواء نشأ هذا الإلتزام عن عقد أو قانون، ففي الحالتين تقوم هذه المسؤولية عن الخطأ، ويترتب عليها في الحالتين (المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية) تعويض الضرر.
2. إن الفقه الحديث قد هجر نظرية تدرج الخطأ، إلا أن لها بعض المظاهر في القانون المدني العراقي، وهذا ما بينته المادة (3/170).
3. الاتفاق على الاعفاء من حكم المسؤولية التقصيرية باطل لتعلق احكامها بالنظام العام، وهذا ما بينته المادة 259 مدني عراقي.
4. ليست الأحكام العامة للمسؤولية العقدية من النظام العام، لذلك يجوز الاتفاق على التعديل من أحكامها، لكون الإخلال في الالتزام ناشئ عن العقد، أما المسؤولية التقصيرية فهي تقوم نتيجة إخلال بالواجبات التي يفرضها القانون.
5. الضرر أما مادي يصيب الإنسان في ماله أو في جسمه أو في عناصر ذمته المالية، أو أدبي يصيب الإنسان في عاطفته وشعوره، فقد أخذ المشرع المدني العراقي بالضرر المادي في المسؤولية العقدية، وأخذ بالضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية.
6. إن مفهوم الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية يقتضي تعويضين، الأول مصدره عقدي، والثاني مصدره تقصيري، متى ما توافرت شروط كل منهما في القضية الواحدة، فإن الإتجاه الغالب في كل من الفقه والقضاء يذهبان إلى عدم الأخذ بفكرة الجمع بين المسؤوليتين أصلاً، لمجافاتها أصول العدل والمنطق، فلا يمكن أن يحصل المضرور على تعويضين من أجل ضرر واحد.

7- إن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية، لكون الأولى تتعلق بالإنسان وعلاقته بربه وبنفسه وبغيره، أما الثانية فتتعلق بعلاقة الإنسان بغيره من الناس.

8- تختلف المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية من حيث الأهلية والخطأ والإثبات والتعويض والتضامن والإعفاء من المسؤولية.

9- تبنى المشرع المدني العراقي مبدأ ازدواج المسؤولية المدنية، حيث تكلم عن المسؤولية العقدية واطلق عليها تسمية (ضمان العقد)، في المواد (168-176).

10- أن المشرع المدني العراقي أخذ بتفويت الفرصة التي يقتضي معها التعويض، على أن تكون الفرصة مشروعة وجدية وحقيقية، وأن يكون فوات الفرصة بصفة نهائية.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

- **المقترحات:**

1. إن المشرع المدني العراقي لم يضع تعريفاً تناول فيه المسؤولية والمسؤولية المدنية، وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء، لذلك لابد من وضع تعريفاً شاملاً يتناول المسؤولية والمسؤولية المدنية والضمان.
2. تكلم المشرع المدني العراقي على العمل غير المشروع للمسؤولية التقصيرية في المواد (186-232)، وعند التمعن في النصوص المخصصة للمسؤولية العقدية، لم نجد نصاً يجيز التعويض عن الضرر المعنوي، لوجود قصور تشريعي في القانون، من أسبابه نهج المشرع لتبني فكرة الازدواج في المسؤولية المدنية، بأن المجال الطبيعي للضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية، دون المسؤولية العقدية.
3. على الرغم من إجازة المشرع المدني العراقي لشروط المسؤولية العقدية بتخفيفها أو تشديدها بنص قانوني صريح، إلا إننا نقترح وضع نصوص محددة وواضحة لتلك الاتفاقات، ووضع قيود أو ضوابط محددة على تلك الشروط، إذ نقترح تعديل نص المادة (1/259) لتكون بالشكل الآتي، (يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تحمل المدين تبعة السبب الاجنبي أو الحادث الفجائي)، كذلك نقترح تعديل الفقرة الثانية من ذات المادة لتكون بالصيغة الآتية، (يجوز الاتفاق على إعفاء المدين أو الاتفاق على التخفيف من المسؤولية التي تترتب على إخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي، إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ولا يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته ... الخ)
4. توسيع نطاق التعويض عن الضرر الادبي، ليشمل حق المضرور الذي أصابه ألم نفسي إرتد عليه بسبب فقده لمورثه، أو بسبب الأذى الذي يصيب الشخص في عاطفته أو كرامته أو شرفه، وسواء كان هذا الأذى لحق بالشخص نفسه أو أن الأذى أرتد على غيره ممن تربطهم به علاقة أجتماعية، كما نقترح أن لا يقتصر التعويض عن الضرر المرتد على شخص المضرور عند وفاته، بل يجب أن يشمل ذلك أقارب المضرور في حال بقائه على قيد الحياة، وأصابته بعاهة دائمية.
5. نقترح على المشرع المدني العراقي بوضع نص صريح يقضي بعدم جواز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة الأضرار التي تصيب شخص (الدائن)، فحياة الشخص وسلامته هو الهدف الذي تسعى إليه جميع التشريعات، كما لا بد من حظر الاتفاقات التي تشير إلى التخفيف من المسؤولية العقدية في حالة الأضرار الجسدية التي تصيب المتعاقد غير المستفيد من الشرط.

المصادر والمراجع

- **الكتب**

1- د. أبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية في القانون، ط1، القاهرة، 2018.
2- أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، تحقيق وضبط، عبد السلام محمد هارون معجم مقاييس اللغة، ج3، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1979.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

3- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام العقد –الإرادة المنفردة المسؤولية المدنية-الإثراء بلا سبب، القاهرة، 2008.
4- د. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ج1، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، منشورات جامعة حلب، 2003.
5- إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج5، ط4، دار العلم للملايين، بيروت-لبنان، 1990.
6- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
7- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-والقانون)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
8- جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الافريقي، لسان العرب، مج21، ج11، نشرة أدب الحوزة، قم-ايران، 1984.
9- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني اصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 197.
10- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط2، دار المعارف، القاهرة، 1979.
11- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مج1، ط5، الناشر .د.ن، 1992.
12- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات نظرية العقد والإرادة المنفردة، مج1، ج2، ط4، 1987.
13- د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام العقد-الإرادة المنفردة-العمل غير المشروع الإثراء بلا سبب-القانون مصدران جديدان للإلتزام الحكم-القرار الإداري، ط1، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
14- صفاء تقي العيساوي، القوة القاهرة وأثرها في العقود التجارية الدولية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2013.
15- د. عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني المصادر غير الإرادية للالتزام (المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب)، ج2، ط2، الناشر المؤلف، الدار البيضاء، 2021.
16- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام، ج3، مطبعة نهضة مصر، 1953.
17- د. عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، ط3، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2011.
18- د. عبد المجيد الحكيم (وآخرون)، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام)، ج1، الناشر وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1980..
19- د. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج1، ط2، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد- العراق، 1963.
20- عز الدين الناصوري و د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ج1، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
21- د. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزامات أحكام الالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 .
22- عوابدي عمار، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تاصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
23- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، 2005.
24- د. محمد بن حسين الشامي، نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي دراسة مقارنة، ط1، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، 1994.
25- د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام (الكتاب الأول) مصادر الإلتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
26- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام الفعل الضار، الفعل النافع، القانون، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
27- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978.
28- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2011.
29- محمد محفوظ، النظرية العامة للالتزام المسؤولية المدنية، ط2، مجمع الاطرش لتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2019.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

30-د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار نشر احسان للنشر والتوزيع، طهران-ايران، 2014.
31-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ج1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
32-د. هيثم حامد المصاورة، المسؤولية التأديبية للصحفيين، ط1، الوراق للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2013.
33-د. يحيى محمد حسين راشد الشعيبي، النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار أمجد للنشر والتوزيع، 2019.

- **الرسائل والأطاريح**

1- حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، أطروحة دكتوراه في القانون، طبع بمطبعة حداد البصرة- العراق، 1955.
2- هناء خيري احمد خليفة، المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1992.

- **البحوث**

1- بندر بن طلال المحلاوي، المسؤولية عن تظليل المستهلك في بيوع المعاصرة، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية، كلية دار العلوم- جامعة المنيا، 2016.
2- عبد الرحمن جمعة، الضمان القضائي في نطاق المسؤولية العقدية وفقا لأحكم القانون المدني الأردني دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مج44، ملحق2، 2017.
3- فاضل مهدي سرهيد، بحث منشور في مجلة القرار للبحوث العلمية المحكمة، ع14، مج5، شباط، 2025.
4- ليلان رشيد فائق، المسؤولية المدنية في القانون، بحث منشور مقدم من قبل عضوة الإدعاء العام كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من أصناف الإدعاء العام، 2017.

- **القوانين**

1- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
2- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948المعدل.
3- القانون المدني السوري رقم (84) لسنة 1949.
4- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
5- القانون المدني الفرنسي رقم 131-2016.

- **المواقع الإلكترونية**

1- https://dram.journals.ekb.eg/article_160768_d0213e79fc4dbcf43a4266b1be465d3d.pdf.
2- https://www.krjc.org/uploads/Lylan%20rashed%20faeq.pdf.
3- https://archives.ju.edu.jo/index.php/law/article/view/9865/7733.
4- https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1834-m1331.
5- https://www.sjc.iq/qview.3002/
6- https://www.sjc.iq/qview.916/.
7- https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1909-m1406.
8- https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1909-m1406.
9- https://maqam.najah.edu/judgments/9108 ./
10- https://www.facebook.com/100057180861320/posts/2105782352899091/

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

السُّلطَةُ التَّقْدِيرِيَّةُ لِلقَاضِي فِي إِثْبَاتِ العَقْدِ الإِلِكْترونِيّ

The judge's discretion in proving the Electronic contract

م.م غفران جواد عبد الكاظم الركابي *
جامعة المثنى / كلية القانون

تاريخ الإرسال: 2025\10\5 تاريخ القبول: 2025\10\20 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

مع تطور التكنلوجيا وانتشار التعاقد عبر الانترنت، أصبح العقد الإلكتروني مهماً في المعاملات القانونية، وفي هذا السياق برزت السلطة التقديرية للقاضي في قبول أو رفض العقد الإلكتروني استنادا إلى توفير المعايير القانونية مهما توافر الرضا الحقيقي وصحة التعبير عن الإرادة إلكترونياً وتوافر أركان العقد وعدم الاخلال بالنظام العام أو الغش أو الاستغلال حيث يمارس القاضي سلطته التقديرية في العقد الإلكتروني من خلال التأكد من هوية الأطراف ووسائل الإثبات والتحقق من التواقيع الرقمية, واستنادا للسلطة الممنوحة للقاضي أن يرفض العقد اذا كان محله مجهولا أو غير محدد إذا. كان أحد الأطراف يعبر عن إرادته أي عدم وجود تراخي بينها وبشرط عدم الغش أو دليل أو أن احد الأطراف تعرض للخداع أثناء ابرام العقد .

الكلمات المفتاحية:_ العقد الإلكتروني، السلطة التقديرية، القاضي، القبول، الرفض.

Abstract

The development of technology and the spread of online contracting have made electronic contracts important in legal transactions. In this context, the judge's

---

* Email : **ghofran.alrkaby@mu.edu.iq**

discretionary power has emerged in accepting or rejecting electronic agreements based on the availability of legal standards, regardless of the availability of genuine consent, the validity of the expression of will electronically, the availability of the elements of the contract, and the absence of disruption of public order, fraud, or exploitation. The judge exercises his discretionary power in electronic contracts by verifying the parties' identities and the means of proof.

Keywords :Electronic contract, judge's discretion, acceptance ,rejection.

مقدمة

ظهر العقد الإلكتروني بفضل التطور التكنولوجي لاسيما في مجال التعاقدات والمعاملات القانونية، حيث يعتبر العقد الإلكتروني وسيلة إثبات قانونية إذا كان موقعا توقيعاً إلكترونياً، وفي ظل هذا التطور اهتمت التشريعات المحلية والدولية بوضع أسس قانونية لتنظيم العقود الإلكترونية وضمان في الإثبات لذلك ظهرت الحاجة الى تفعيل السلطة التقديرية للقاضي والتي تمثل أحدى الادوات القانونية التي تمكنه من تحقيق العدالة ودوره في قبول أو رفض العقد الإلكتروني بناء على ما يتوافر من أدلة وظروف التعاقد ومطابقة العقد للشروط القانونية ومراعاة النظام العام والآداب العامة.

ولذلك يتناول هذا البحث بالدراسة في الإطار القانوني للسلطة التقديرية للقاضي في قبول او رفض العقد الالكتروني وحجيته في الإثبات مستعرضا مفهوم العقد الالكتروني وشروطه وأركانه وكيفية اعتباره كدليل في الإثبات ودور القاضي في قبوله أو رفضه لضمان حماية أطراف العقد وتحقيق العدالة.

أهمية البحث: تتمثل أهمية البحث في دور القاضي في قبول العقد الالكتروني أو رفضه إذا كان مخالفاً للشروط القانونية والنظام العام وهو موضوع بالغ الأهمية في ظل التطور الالكتروني نظراً لصعوبة إثبات الحقوق والالتزامات من حيث إجراءاتها في العقود التقليدية وتبرز أهمية البحث في تعزيز الثقة في المعاملات الالكترونية وتسهيل إثبات الحقوق والالتزامات وتوفير ضمانات قانونية لتنظيم المعاملات الالكترونية وتقليل النزاعات المتعلقة بإنكار العقود أو تزويرها مما يسهل تقديم الأدلة الرقمية أمام المحاكم للتسريع في حل النزاعات، وفي هذا السياق يتم التركيز على دور القاضي في قبول العقد الالكتروني أو رفضه ومدى حجته في الإثبات أمام القضاء بعد توافر الشروط القانونية.

مشكلة البحث: تكمن مشكلة البحث في تحديد مدى نطاق السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأدلة الإلكترونية لإثبات العقد الإلكتروني، ومدى كفاية التشريعات الوطنية في تنظيم هذه السلطة بما يحقق التوازن بين مرونة الإثبات وضمان استقرار المعاملات الإلكترونية.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

منهجية البحث: سوف نتبع المنهج التحليلي المقارن من خلال تحليل النصوص القانونية ومقارنتها مع قوانين دول أخرى، وأيضا المنهج الاستقرائي من خلال تعريف العقد الالكتروني وتمييزه عن العقد التقليدي وبيان السلطة التقديرية للقاضي في العقد الالكتروني والأثر المترتب على أطراف العقد لبيان سلطة القاضي في قبول العقد أو رفضه.

خطة البحث: سوف يتم تقسيم البحث من قبلنا في موضوع الدراسة إلى مبحثين ندرس في المبحث الأول مضمون السلطة التقديرية للقاضي في إثبات العقد الإلكتروني، أما في المبحث الثاني حدود السلطة التقديرية للقاضي في إثبات العقد الالكتروني وأخيرا خاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات التي ندعو المشرع العراقي الأخذ بها.

المبحث الأول

مضمون السلطة التقديرية للقاضي في إثبات العقد الالكتروني

قبل البحث في مضمون السلطة التقديرية للقاضي يجب التطرق إلى مضمون العقد الالكتروني وعليه يعرف العقد الالكتروني كل ما يستخدم من بيانات تمثل رموزاً وحروفاً وأرقاماً تُعبرُ عن شخصية موقعها وتميزه عن غيره، لذلك يتطلبُ البحث بمدى حجية العقد الالكتروني في الإثبات القضائي من خلال التعرف على الأساس القانوني الذي يستند عليه العقد واشتراط التوقيع الالكتروني كوسيلة إثبات لضمان عدم ضياع حقوق الناس والتأكد من عدم تزوير المعلومات، وعليه يجب البحث في مفهوم العقد الالكتروني وتمييزه عن العقد التقليدي، لذلك سوف يتم البحث في العقد الالكتروني في مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم العقد الالكتروني وفي المطلب الثاني أركان العقد الالكتروني :

المطلب الأول

مفهوم العقد الالكتروني والسلطة التقديرية للقاضي

إنّ البحث في مفهوم العقد الالكتروني والسلطة التقديرية للقاضي يجب الوقوف على كل معنى من الناحية القانونية والفقهية لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني

الفرع الثاني: تميز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

تعريف العقد الالكتروني

نتطرق في هذا الفرع الى التعريف الفقهي والتشريعي للعقد الالكتروني عرف بعض الفقه العقد الالكتروني بأنه "العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سابقا" [1].

وتعرض هذا التعريف للانتقاد لأنه قصر العقد الالكتروني على عقد البيع دون غيره من العقود.

كما عرفه آخرون بأنه هو "عقد يلزم فيه البائع أن ينقل للمشتري عن بعد ملكية شيء أو حق ماليا أخر مقابل ثمن نقدي عن طريق الانترنت .[2]

وعرف أيضا بأنه " عقود وبرامج بيع السلع والخدمات طالما إنها ليست خارجة عن التعامل [3].

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة بأن العقد الالكتروني عقد بيع عن طريق الانترنت والعقود التي تبرم خلاله عقد بيع وشراء

أما بالنسبة للتعريف التشريعي.

فمن خلال الرجوع إلى القوانين المقارنة نجد أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري بأنه "عقد يصدر بإرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض في شأنه أو تبديل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الالكتروني" وهو ما أشار اليه في مشروع التجارة المصري.

أما بالنسبة لموقف القانون العراقي، فلم يرد تعريف للعقد الالكتروني الا أنه يتم الرجوع للقواعد العامة؛ لأنها شملت جميع أنواع العقود بما فيها العقود الالكترونية، حيث نصت المادة (73) من القانون المدني العراقي على أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه [4].

ويلاحظ من خلال مما تقدم أن هذه النصوص الواردة أعلاه لم تبين الوسائل الالكترونية التي يتم العاقد فيها ولا الشروط الواجب توفرها بالنسبة للمتعاقدين.

---

[1] د. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص ١١٠- ١١١.

[2] د. عبد الحميد بسيوني، البيع والتجارة عبر الانترنت وفتح المتاجر الالكترونية مكتبة ابن سينا، القاهرة، بلا سنة طبع، ص٥٤.

[3] ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الشريعة في الجامعة العراقية لنيل شهادة الدكتوراه لسنة ٢٠١٢، ص٤٦.

[4] المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أما بالنسبة لمفهوم السلطة التقديرية للقاضي، فهو يختلف باختلاف محل القاضي قد يكون عمله قضائياً أو ولائياً أو إدارياً مما جعل الأمر متروك للفقه فقد عرفوا "السلطة" بأنها "القصر والسيطرة والتحكم ومنه السلطان ومن له ولاية التحكم والسيطرة في الدولة"[5].

وعندما نقول بمنح القاضي سلطة يعني ذلك منحه الصلاحية والقوة حتى يتمكن من استعمالها على الوجه الصحيح وتكون أحكامه لها القوة والنفاذ والحجية في الإثبات"

أما بالنسبة لمصطلح "التقدير" هو إعطاء المعدوم حكم الموجود، أو الموجود حكم المعدوم[6].

من خلال بيان معنى السلطة التقديرية، فأننا نلاحظ إنها تتضمن عنصرين أولهما: عنصر شخصي إلا هو "القاضي"، أما الثاني فهو عنصر موضوعي أي "القانون" وهذا يساعد القاضي في استخدام السلطة بالوجه الذي يرسمه القانون.

أي أن القاضي سلطة تقديرية وفق ما هو منصوص عليه في القوانين الإجرائية والموضوعية وهذا رأي المشرع العراقي تبنى صياغة التقدير بالنسبة للقاضي في أغلب نصوصه مثلا "يجوز للقاضي" " او "للقاضي" وقد تسمح له في مصلحة العدالة. ومن خلال مما تقدم يمكننا أن نعرف السلطة التقديرية للقاضي بأنها صلاحية القاضي الحكم عن طريق التفكر والتدبر وفقاً للملابسات الواقعة المعروفة في إصدار حكم قضائي صحيح.

الفرع الثاني

تمييز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي

يصح التساؤل بماذا يتميز العقد الالكتروني عن التقليدي، ولذلك يمكن التطرق في هذا النوع الى مميزات العقد الالكتروني عن غيره ضمن حيث الابرام: فالعقد الالكتروني يبرم بين المتعاقدين كل منهم في بلد، أي يبرم عن بعد عبر وسائل الالكترونية بحيث لا يجمع المتعاقدين مجلس عقد حقيقي وإنما حكمي يتبادل فيه الطرفان الإيجاب والقبول عبر شبكة الانترنت[7] .

وبما أن العقد الالكتروني من العقود التي تبرم عن بعد يتطلب فيها قواعد خاصة، تطلبها العقود التقليدية، فهنا باستطاعة كل من المتعاقدين التحقق من صفة التعاقد وأهلية المتعاقدين وكذلك من حدود الإيجاب والقبول، وتاريخ صدور التصرفات القانونية وإعداد أدلة الإثبات والتحقق من مكان العقد وتوقيع المتعاقدين .[8]

---

[5] د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٩٥٩.
[6] د. محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ط١، بيروت، ٢٠٠٧، ص٧٨.
[7] د. خالد ممدوح ابراهيم، العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠٠٣، ص٥٣.
[8] د. مراد محمود يوسف، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق عين الشمس ٢٠٠٧، ص٨٥.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وعليه يمكن أن نعرف العقد الالكتروني بأنه (اقتران الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر من خلال توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء الالتزام أو إنهائه أو نقله عبر وسائل الانترنت من خلال توفر الشروط القانونية للتعاقد، وعليه فالعقد الالكتروني يعتمد في مراحل ابرامه على وسائط الالكترونية بينما العقد التقليدي يعتمد على وسائط ورقية أي أسلوب الكتابة.

أما من حيث دفع الثمن، فنعني العقد الالكتروني يتفق المتعاقدات على وقت دفع الثمن أما يكون الدفع مقدما عند التسليم أو مؤجلا، ويتم تأكيد عملية الدفع من خلال وصولات رقمية أو تأكيدات الالكترونية يتم إرسالها للأطراف وتكون وسائل الدفع الالكترونية أما عن طريق البطاقات الذكية مثل الماستر كارد أو عن طريق التحويلات المصرفية الالكترونية، بينما في العقد التقليدي يكون التزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع مقابل التزام البائع بتسليمه المبيع، وكذلك في سائر العقود الأخرى التي يسري نطاقه اليها. [9]

إما بالنسبة لتنفيذ العقد الالكتروني، يتم تنفيذه عن طريق الانترنت دون الحاجة إلى الحضور المادي للمتعاقدين كما في العقد التقليدي خدمة رقمية على شكل ملف أو برنامج فيتم تسليمه عن طريق البريد الالكتروني أو التحميل، أما إذا كانت السلع مادية فيكون التسليم عن طريق خدمات التوصيل وشحن السلعة إلى مكان المشتري [10].

إما من حيث الإثبات : فيكون الإثبات في العقد الالكتروني عن طريق الاحتفاظ بها بالشكل التي تم إرسالها بها أو تسلمها أي يتم اثباتها عن طريق المستند الالكتروني أو التوقيع الالكتروني الذي يثبت حجية المستند، بينما في العقود الأخرى يتم الإثبات عن طريق التوقيع اليدوي أولا أو عن طريق أدلة الإثبات[11].

وتتميز العقود الالكترونية من حيث التكاليف، فيكون منخفضة وذلك بسبب قلة مصاريف الشحن والأوراق وقلة عدد الموظفين التي. يتطلب تكاليف عالية، إضافة الى ذلك فإنها تلبي رغبات المشتري من خلال عرض خيارات التسويق أو من خلال عرض أسعار كل صنف وميزته ومدى تلبية المنتج لرغبة المشتري، وهذا لا نجده الا في العقود التقليدية.

المطلب الثاني

أركان العقد الالكتروني

---

9 د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية العاقد عبر الانترنت القاهرة، دار النهضة العربية لسنة ٢٠٠٠، ص٩٧.
10 د. نجوى رأفت محمد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة جنوب الوادي، قسم القانون المدني لسنة ٢٠٢٠، ص١٨٣.
11 د. سمير ذنون، العقود الالكترونية في أطار تنظيم التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، المؤوسسة الحديثة للكتاب ٢٠١٢، ص١٧٥

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

في طبيعة الحال العقد ينعقد بتوافق إرادتين أو اكثر على احداث أثر قانوني أما بإنشاء التزام أو نقل حق ولكي يكون العقد ملزما من الناحية القانونية وصحيحا يجب أن تتوافر فيه أركانه الأساسية وهذا الحال نفسه في العقد الالكتروني حتى يكون ملزما للأطراف المتعاقدة عبر وسائل الاتصال الالكترونية، وتعد هذه الأركان ضرورية لضمان مشروعية العقد الذي يبرم عبر الانترنت ويؤدي إلى فقدان أحد الأركان أن يكون العقد باطلاً ، وتنقسم هذه الأركان إلى ثلاثة عناصر رئيسة تتمثل بالتراضي والمحل والسبب وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين وكالاتي:

الفرع الاول: - أولا- ركن الرضا وثانياً ركن المحل

الفرع الثاني: -السبب

الفرع الاول

ركن الرضا وركن المحل

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى ركني الرضا والمحل في العقد الالكتروني حتى يكون العقد صحيحا وملزما للمتعاقدين سوف نقسم هذا الفرع الى نقطتين أساسين أولا ركن الرضا وثانيا ركن المحل.

أولا: ركن الرضا

يشترط في العقد الالكتروني أن يوجد تراض بين أطرافه، أي تطابق أرادة المتعاقدين بحيث يصدر إيجاب من الطرف الأول يقابله قبول من الطرف الآخر، ويجب أن يكون هذا التراضي واضحاً إلكترونياً و مُتمتعين أطرافه بالأهلية القانونية عند أبرام العقد [12].

فنعني العقد الالكتروني يكون "الإيجاب والقبول" إلكترونياً، فيكون الإيجاب من خلال إرسال أحد الأطراف عبر البريد الالكتروني أو نشر عرض على موقع ويب ويشترط في الإيجاب إن يكون محدداً وواضحاً في صورة عرض موجه إلى الطرف الآخر[13].

أما بالنسبة للقبول الالكتروني فيتم عن طريق موافقة الطرف الآخر بإرسال رسالة تفيد القبول من خلال الضغط على زر "قبول" ويشترط أن يكون مطابقاً للإيجاب دون تعديل عليه وإلا يعتبر عرضاً جديداً [14].

---

[12] د. محمود عبد الرحيم، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ٢٠١١، ص١٣٠، ١٣١.

[13] د. سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٢٧.

[14] د. سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، المصدر السابق، ص١٢٨.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وعليه يعتبر القبول عبر الانترنت من خلال تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب من خلال البيانات التي يتم إرسالها، ويتضح لنا مما تقدم أن الإيجاب والقبول في ركن الرضا في العقد الالكتروني يشترط فيه ما يشترط في العقد التقليدي وهنالك تعبير من الطرف الآخر بالقبول.

ثانيا: ركن المحل

يتمثل ركن المحل في العقد الالكتروني بموضوع العقد الذي يتفق الطرفان عليه أما بإنشائه أو تعديله أو نقله ويجب أن تتوافر فيه نفس شروط العقد التقليدي، فيعتبر المحل المحور الذي يلتزم من خلاله الأطراف سواء كان خدمة رقمية أو حقوق أخرى مثلا شراء أجهزة الكترونية أو ملابس عن طريق المتاجر الالكترونية [15]فمن خلال المحل يلتزم أطراف العقد بالتزامهم وعند تخلف أحد الشروط المحل يكون العقد باطلا [16].

يشترط في المحل كركن في العقد الالكتروني، أن يكون موجوداً وأن يكون معلوماً أي معيناً أو قابلاً [للتعين] ويشترط أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة عبر الانترنت بشكل لا يخالف القانون.

الفرع الثاني
ركن السبب

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى ركن السبب والشكلية الإلكترونية في العقد الالكتروني في نقطتين كالتالي.

أولا- ركن السبب

يقصد بالسبب في العقد الالكتروني "الغاية التي يرغب كل طرف في تحقيقها وهو ما يدفع المتعاقدين إلى التعاقد وفي حين عدم وجود السبب يكون العقد باطلا ويشترط فيه ما يشترط في العقد التقليدي يجب أن يكون السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة إضافة إلى ذلك أن يكون موجوداً أو حقيقياً وليس صورياً أو وهمياً ويجب أن يكون محدداً ضمن العقد[17] .

---

[15] د. عدنان ابراهيم السرحان، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٠، ط١٦٥.
[16] نصت المادة (١٢٧) من القانون المدني العراقي في الفقرة (1) منه "اذا كان محل الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة كان العقد باطلا" ونصت المادة ١٢٩ من القانون نفسه على أنه "يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعينا نافيا للجاهلة والغرر .
[17] د. أنور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الاسكندرية، منشأه المعارف، ١٩٩٥، ص٧٢

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فيجب أن يتمثل الشروط كافة أعلاه فإذا كان غير مشروع مثلا بيع منتجات ممنوعة فالعقد هنا باطلاً، فالسبب ركن أساسي في العقد فإذا كان غير موجود أو وهمياً أو غير مشروع لا يرتب العقد آثاره القانونية.[18]

ثانيا- الشكلية الإلكترونية

إنَّ طبيعة العقد الالكتروني تقتضي بتوافر الشكلية في إثبات العقد الالكتروني وذلك لحماية الأطراف من النزاعات المستقبلية، وضمان وضوح الالتزامات في البيئة الالكترونية لذلك يتطلب تأكيد هوية المتعاقدين وتوثيق حسابتهم لضمان عدم الاحتيال أو التزوير، فتخلف الشكلية يكون العقد غير قابل للتنفيذ. فالشكلية في العقد الالكتروني تتطلب الكتابة الرقمية والتوقيع وحفظ السجلات فمثلا الشكلية الكتابية في العقود الالكترونية تشمل النصوص الالكترونية والوثائق الرقمية المخزنة في وسائط الكترونية.[19]
أما الشكلية المتعلقة بالتوقيع فيشترط وجود التوقيع الكتروني سواء كان التوقيع بسيطاً أو توقيعاً رقمياً يعتمد على التشفير ويجب أن يكون العقد الالكتروني قابلا للإثبات أمام المحاكم لسلامة الوصول إلى البيانات عن طريق استخدام تقنيات التأمين وسجلات الكترونية يسهل الوصول إليها عند الحاجة وهذا ما يتعلق بشكلية الإثبات .[20]

المبحث الثاني

حدود السلطة التقديرية للقاضي في اثبات العقد الالكتروني

السلطة التقديرية للقاضي تعني أن القاضي غير مقيد بوسيلة إثبات معينة، بل يمكنه أن يستخلص قناعته من مختلف الأدلة والقرائن المقدمة أمامه شريطة ألا يخالف النصوص القانونية، أي له أن يقدر الأدلة والقرائن في إثبات وجود العقد الالكتروني وصحته، ويتم الإثبات أما بالكتابة الالكترونية، أو التوقيع الالكترونية كأدلة في الإثبات ، فله قبول أي وسيلة إلكترونية يراها صالحة للإثبات ما دامت تحقق الغرض وله تقدير حجته التوقيع الالكتروني اذا كان صادراً بالفعل من الطرف المعني من خلال الرجوع إلى خبراء فنيين لتفسير الأمور المتعلقة بالإثبات وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى إثبات العقد الالكتروني في المطلب الأول منه، أما في المطلب الثاني فسوف نتطرق فيه، إلى دور القاضي في قبول العقد الالكتروني كدليل إثبات.

---

18 د. علي بن عبدالله الشهري، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، دار للنشر الشاملة، ص٦.
19 مخلو في عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه في قانون الأعمال مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٢، ص١٨٣.
20 زينب غريب، إشكالية التوقيع وحجته في الاثبات، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس الرباط، ٢٠٠٩ ٢٠١٠، ص٣٦.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الاول

إثبات العقد الالكتروني

حتى يكون العقد الالكتروني له حجة قانونية على اطرافه يجب أن يتم تقديم أدلة قانونية تثبت وجوده وصحته، وهذا يتم عبر الوسائل الالكترونية من خلال الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني عبر شبكة الانترنت حيث يثير هنا التساؤل كيف يتم إثبات التصرفات القانونية عند نشوب نزاع بين أطراف هذا العقد؟ ومدى اعتبار ما يتم تدوينه عبر الانترنت وحجته في الإثبات.

وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الأدلة القانونية التي يجب التمسك بها من قبل الأطراف وذلك لإثبات العقد.

لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين كالتالي: -

الفرع الأول: - الكتابة الالكترونية

الفرع الثاني: - التوقيع الالكتروني

الفرع الأول

الكتابة الالكترونية

الكتابة "لغة": "ما يخطه الإنسان ليثبت ماله وما عليه" ويقال كتب الكتاب "أي" "عقد العقد" [21].

أما في المعنى الاصطلاحي للكتابة فمنهم من عرفها "أثر أو دلالة التصرفات والوقائع التي يراد تأكيدها" [22] ومنهم من عرفها "على حروف او أرقام أو أي وسيلة مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك [23].

فيلاحظ في التعريف الثاني لم يرد تعريف للكتابة واضحاً وإنما فقط الإشارة إلى الكتابة المعتمدة كدليل في الإثبات.

أما في قانون المعاملات التجارية للإمارة دبي عرفها في نص المادة (9) من قانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢ على أنه" إذا اشترط القانون أن يكون خطيا أي بيان أو مستند أو سجل أو نص على ترتيب نتائج معينة

---

[21] بشار طلال أحمد، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنه أطروحة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر ٢٠٠٣، ص٢٠.

[22] سامح عبد الواحد الشهامي، التعاقد عبر الانترنت، رسالة ماجستير دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية مصر، ٢٠٠٨، ص٥٥٦.

[23] إلياس ناصف، المصدر السابق، ص٢١٠.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

في غياب ذلك فإن المستند أو السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط طالما تم الالتزام بأحكام المادة 1 من القانون نفسه" [24].

وعليه يشترط في الكتابة الالكترونية شروط حتى يكون لها دور في الإثبات ومنها.

يشترط أن تكون الكتابة واضحة يمكن قراءتها ويمكن فهمها، إضافة إلى ذلك يجب أن تكون مستمرة مدة من الزمن وإمكانية الرجوع إليها والاطلاع على المعلومات الواردة فيها كالكتابة الورقية وأن تكون محفوظة ومعدة في ظروف تضمن سلامتها لفرص الاستمرار ويشترط في الكتابة الثبات وعدم قابلية التعديل على الكتابة الالكترونية [25] وذلك لحفظ المستند الالكتروني دون حذف أو تغير؛ لأنّ قوة المحرر في الإثبات تكمن من خلال سلامته من العيوب التي تؤثر في شكله الخارجي[26].

إما بالنسبة لحجية الكتابة الالكترونية ودورها في الإثبات الالكتروني فإنه يتم التحقق منها بموافقتها للشروط القانونية من الموثق نفسه وتمثل المكان والتاريخ وحضور ذوي الشأن وتوقيعاتهم وتوقع الموثق والبيانات الخاصة بإتمام الإجراءات التي تطلبها القانون حتى تكون حجة على الكافة، أما حجية المحرر الالكتروني يجب أن يتوفر منه تاريخ إنشاء، والختم الخاص بالموثق أما عن طريق الشاشة أو الماسح الضوئي.

الفرع الثاني

التوقيع الالكتروني

ويقصد بالتوقيع الالكتروني هو" كل كتابه مدرجه في شكل الالكتروني وتتخذ هيئه حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات ويمكن نسبتها إلى موقعها" [27]

أما بالنسبة لموقف التشريعات فمعرفه المشرع المصري " ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " [28] .

اما المشرع الاماراتي فقد "عرفه توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو نظام معالجه ذي شكل الكتروني ملحق مرتبط منطقيا برساله الكترونيه بنيه توثيق أو اعتماد تلك الرسالة" [29].

---

[24] د. محمد حسين منصور، مبادى الاثبات وطرقه، منشأه المصارف الالكترونية ١٩٩٥، ص٥٦.
[25] بشار طلال أحمد المومن، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، أطروحة دكتوراة، مصدر سابق، ص٢٠
[26] سامح عبد الواحد الشهامي، التعاقد عبر الانترنت رسالة ماجستير مصدر سابق، ص٥٥٦.
[27] رشيد الشامي التوقيع الالكتروني وحجبته في الاثبات ورقه عمل مقدمه في ندوه التوقيع الالكتروني المنعقد في المملكة المغربية في جوان 2006 بعنوان النظم والقواعد القانونية للتجارة الإلكترونية 2008 ص221 .
[28] المادة 20/1 من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 السنه 2004 .
[29] المادة 2 من قانون دوله الإمارات العربية المتحدة للتجارة الإلكترونية لسنه 2002 ، ص 1854 .

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وعليه من خلال ما تقدم يمكننا أن نعرف التوقيع الالكتروني" هو كل ما يوضع على السند من كتابه سواء بشكل أرقام أو حروف تعبر عن القبول ".

إضافة إلى ذلك يجب أن يتوافر في التوقيع الالكتروني الشروط التي يتطلبها القانون لكي يكون له قوه وحجه في الإثبات وفي حاله تخلق هذه الشروط لا يكون للتوقيع الالكتروني أي أثر حسب الشروط المشرع المصري في القانون الخاص بالتوقيع الالكتروني رقم 15 لسنه 2004 في المادة 18 مما أن يكون التوقيع مرتبط بالموقع دون غيره وأن يسيطر الموقع على الوسيط الالكتروني إمكانيه التصرف وكشف أي تغيير أو تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني.[30]

إضافة إلى ذلك يجب أن يرتبط التوقيع بشهادة التصديق المعتمدة.[31]

أما بالنسبة لدور التوقيع الالكتروني في الإثبات فتكون له حجه في الإثبات فهو يعد وسيله لتحديد هويه الشخص الموقع وتميزه عن غيره وتحديد سلطه هذا الشخص هل هو وصيًا أو وكيلا، ويعبر عن التزام الموقع بمضمون العقد بعد اضافه التوقيع دليل على حضور الموقع وموافقته لما ورد في العقد .[32]

المطلب الثاني

دور القاضي في قبول أو رفض العقد الالكتروني

يبرز دور القاضي عند حدوث النزاع لقبول العقد الالكتروني أو رفضه من خلال التحقق من هويه الأطراف أي أن هنالك وثيقة تحدد هوية المتعاقدين مثل التوقيع الالكتروني والتأكد من إرادة الطرفين بإرسالهم الخيار موافق بشكل مقصود يعبر عن الرضا وخلو العقد من الغبن والاستغلال، وإضافة إلى ذلك أن العقد لا يخالف النظام العام الآداب العامة.

وللقاضي رفض العقد في حالة عدم إثبات هوية أحد الأطراف أو غياب وسائل الإثبات حيث أن العقد غير موثق غير موقع أو وجود خلل في الشروط القانونية للعقد مثلا محل العقد غير مشروع، وعليه سوف يتم دراسة هذا المطلب في خر عين ويقسم كالتالي:

الفرع الأول: إجراءات الدفع بقبول أو رفض العقد الالكتروني

الفرع الثاني: آثار قبول أو رفض القاضي للعقد الالكتروني

---

[30] حسين عبد الباسط جميعي اثبات التصرفات القانونية عن طريق الانترنت دراسة مقارنه دار النهضة العربية القاهرة ص200 .

[31] سعيد السيد قنديل التوقيع الالكتروني في الاثبات دار الجامعة الجديدة 2004 / ص 150 .

[32] اشارت محكمه التمييز الاتحادية رقم 1290 استثنائية عقار 2009 ذكر هذه القرار أن التوقع الالكتروني إحدى الاحكام التي تأقلمت مع مسألة الاثبات أمام محكمه الموضوع من حيث (التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني ومدى حجته في الاثبات يشهد به كمرجع ضمن مناقشه الشرط الذي يجب أن تتركه في تقدير الاثبات..

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

إجراءات الدفع بقبول أو رفض العقد الالكتروني

تتعلق السلطة التقديرية للقاضي بعوامل واقعيه وقانونيه حيث يكون للقاضي سلطه تقدير صفه العقد استنادا إلى القواعد العامة في العقد وللقاضي حيث قبول العقد يجب أن تتوافر الإجراءات التالية في العقد فيجب أن يشتمل العقد على الرضا وتطابق الإيجاب والقبول من خلال منصات التعاقد أو عن طريق البريد الإلكتروني؛ لأنّه في حال حتى تطابق الإيجاب مع القبول فللقاضي رفض العقد إضافة إلى ذلك يجب أن يكون محل العقد الالكتروني مشروع لأنّه إذا كان غير مشروع ومخالف للنظام العام أيضا يرفضه القاضي[33].

واستنادا للسلطة الممنوحة للقاضي أن يرفض العقد إذا كان محله مجهولا أو غير محدد إذا. كان أحد الأطراف يعبر عن إرادته أي عدم وجود تراخي بينها وبشرط عدم الغش أو دليل أو أن احد الأطراف تعرض للخداع أثناء ابرام العقد [34].

للقاضي أيضا رفض العقد في حاله عدم كفاية وسائل الإثبات مثلا عدم وجود توقيع الالكتروني أو عدم وضوح مصادر العقد أو يكون البريد الالكتروني غير موثق فله رفض العقد اذا كان قائما بطريقه غير آمنه أو أنه قابل للتعديل فهذا يؤدي زعزعة الثقة بين المتعاقدين فالقاضي هنا يقوم بالتأكد من شروط العقد فإذا كانت في مصلحه المتعاقدين في قبول العقد اما اذا كانت الشروط تعسفية ومجحفة فله رفض العقد [35].

إضافة إلى ذلك يقوم القاضي بحماية الطرف الضعيف فمثلا حمايه المستهلك في عقد التجارة الالكترونية في حاله إذا كان هناك عدم وضوح في النية بالتعبير عن القبول أو غموض في الشروط فهناك يرفض العقد بعد بتحققه من عدم الالتزام بالقوانين النافذة لحمايه الأطراف المتعاقدة [36].

الفرع الثاني

آثار قبول أو رفض القاضي للعقد الالكتروني

الأثر المترتب عند توفر الشروط القانونية في العقد أن يكون عقداً صحيحاً وملزماً للأطراف فيقرر القاضي قبوله أو عدم استيفائه الشروط ويقرر رفضه ويرتب آثار قانونيه توثر على حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وهذا ما سنبينه في هذا الفرع:

---

33 د اسامه أبو الحسن مجاهد، خصوصيه التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية لسنه 2000 ، 51 .
34 مالك دوهان الحسن شرح القانون المدني مصادر الالتزام الجزء الأول مطبعة، الجامعة بغداد 1973 ص336 .
35 د احمد خليفه الجرائم المعلوماتية، دار الفكر العربي الإسكندرية 2005 ، ص35 .
36 بشار طلال احمد مشكلات التعاقد عبر الإنترنت أطروحة دكتوراه، دراسة مقارنة مقدمه إلى مجلس جامعه المنصورة كليه الحقوق مصر 2003، ، ص32 .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أولا / آثار قبول القاضي للعقد الالكتروني:

الالتزام بتنفيذ القاضي قبوله فيترتب على أطراف آثار قانونية ويصبح العقد مُلزما للطرفين ويجب على أطرافه الالتزام بتنفيذ العقد وفي حاله عدم الالتزام بتنفيذ العقد ويمكن للطرف المتضرر المطالبة بتنفيذ العقد والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه[37] .

ويترتب على العقد الالكتروني عند قبوله يعتبر دليل في الإثبات عند حدوث نزاعات مدنيه أو تجاريه يستخدمه الأطراف كدليل قانوني الإثبات الالتزامات التعاقدية[38].

وتتخلص مما تقدم أن قرار القاضي في قبول العقد يكون له حجة قانونيه ويعتبر دليلا في الإثبات.

ثانيا / آثار رفض القاضي للعقد الالكتروني

إذا قرر القاضي رفض العقد الالكتروني فإنه يعتبر غير نافذ ولا يرتب أثراً قانونياً ولا يمكن اجبار أي طرف على تنفيذ العقد وبالتالي يفقد العقد قيمته القانونية كوسيله إثبات ولا يمكن تقديمه كدليل أمام المحكمة إذا تم الطعن في صحه العقد من قبل أحد الاطراف كونه قائما على الغش أو التزوير فهنا يتعرض الطرف المتسبب للمساءلة القانونية ويمكن للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض واسترداد المبالغ المالية التي دفعها بناء على بنود العقد [39] أو يمكن للأطراف التعاقد من جديد وتعديل العقد أو تعديل صياغته بعد استيفائه الشروط القانونية؛ لانَّ قرار القاضي برفض العقد يؤدي إلى بطلان العقد وعدم ترتيب آثاره .

ونستخلص مما تعدم أن للقاضي سلطه تقديريه في قبول أو رفض العقد الالكتروني بعد التحقق من مراعاه الأطراف للقواعد العامة أو التأكد من توفر أركان العقد الأساسية "الرضا، المحل ،السبب ،والشكلية " يعتمد في قراره بقبول العقد وأيضا التأكد من صحه التراخي ومدى الالتزام الأطراف بالقانون المحدد والقانون الواجب التطبيق فيكون ملزما في قراره بقانون التوقيع الأكثر إلى مبادئ القانون المدني ولكن يحق له أيضا رفض العقد في حاله غياب أركانه وعدم تطابق الإيجاب مع القبول أو كان محله غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة أو قائما على الغش والخداع أو أن أدلة الاثبات غير كافية.[40]

[37] سمير حامد عبد العزيز التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنه الطبعة الأولى القاهرة 2006 ، ص 367 .
[38] سمير حامد عبد العزيز التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة المصدر السابق ص201 .
[39] د مصطفى أبو منذر موسى الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكتروني دار النهضة العربية 2004 ص118 .
[40] عبد الباسط جاسم، ابرام العقد عبر الإنترنت، ط1 منشورات الجلي الحقوقية، 2010،ص 153 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الخاتمة

توصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى النتائج والمقترحات التالية.

النتائج :

1- اتضح لنا أن مفهوم العقد الالكتروني لا يستدل عليه بشكل صريح قانونا وإنما أشار إليه الفقه بأنه كل ما يتقدم من بيانات أو رموز أو حروف أو أرقام تعبر عن شخصيه موقعها وتميزه عن غيره..

2-يشترط في العقد الالكتروني كما يشترط في العقد التقليدي توافر اركان العقد الأساسية من الرضا والمحل والسبب والشكلية وفي حاله تخلف أحد الأركان لا ينعقد العقد ويكون العقد باطلا

[تبين لنا أن للقاضي سلطه تقديريه في إثبات العقد الالكتروني فهو غير مقيد بوسيله معينه بل يمكن أن يستخلص من قناعته من الأدلة والقرائن المقدمة أمامه فله قبول العقد أو رفضه.

2- للقاضي أن يقر بقبول العقد ويعتمد في قراره على قانون التوقيع الالكتروني أو قواعد القانون المدني عند توفر أركانه أو مراعات الأطراف للقواعد العامة وله رفض العقد إذا كان محله غير مشروع مخالف للنظام العام والآداب العامة او كان محله غير مشروع وخداع لأحد الأطراف رفض العقد والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي اصابه.

3- يكون للعقد الالكتروني حجه قانونيه على أطرافه إذا تم تدوينه من خلال الكتابة الالكترونية ويشترط أن تكون واضحة ومحدده يمكن فهمها فيكون لها دور في الإثبات ويشترط فيها الثبات وعدم قابلية تعديلها إضافة إلى ذلك التوقيع الالكتروني يعتبر حجه لأطرافه ودليل في الإثبات لتحديد هويه الشخص الموقع وتميزه عن غيره وتحديد سلطته أن كان أصلا أم وكيلا.

المقترحات:

1- يجب وضع إطار قانوني محدد للسلطة التقديرية، أي يجب أن يتدخل المشرّع لتحديد حدود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الأدلة الإلكترونية، بحيث لا تؤدي مرونتها إلى تفاوت الأحكام أو المساس بمبدأ المساواة أمام القضاء.

2-ضرورة تحديث قانون الإثبات لتواكب البيئة الرقمية بإضافة فصل خاص بالأدلة الإلكترونية والعقود المبرمة عبر الوسائط الرقمية، مع تحديد قوة كل نوع من الأدلة (الرسائل، البريد الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني).

3- تقديم تقارير موثوقة تساعد القاضي في تقديره قبول العقد الالكتروني أو رفضه من خلال وجود خبير الالكتروني يتولى المهمة وعلى القاضي حماية الطرف الأضعف عند تقدير الإثبات.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المصادر والمراجع

- **الكتب القانونية**

1- أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية، للقاضي المدني دار النهضة العربية، القاهرة.
2- أحمد خليفه، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005.
3- انور السلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الإسكندرية، منشأه المعارف، 1995.
4- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصيه التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار النهضة، , 2000 .
5- سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، 2005.
6- سمير ذنون، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، المؤسسة للكتاب، 2012.
7- سعيد السيد قندل، التوقيع الالكتروني وحجته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص150.
8- حسن عبد الباسط جميحي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 .
9- خالد ممدوح ابراهيم، العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية , 2003.
10-عبد الحميد بسيوني، البيع والتجارة عبر الإنترنت وفتح المتاجر الالكترونية مكتبه ابن سينا القاهرة، بلا سنة طبع .
10- علي بن عبد الله الشهري، التجارة الالكترونية عبر الإنترنت دار النشر الشاملة, 2019 .
11- عبد الباسط جاسم، ابرام العقد عبر الإنترنت، ط 1 , منشورات الحلبي الحقوقية، 2010 .
12- عدنان ابراهيم السرحان، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط 1 , دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2000 .
13- زياد خلف العنزي، المشكلات القانونية لعقود تجاره الالكترونية، ط1 , دار وائل للنشر والتوزيع , 2010 .
14- مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني مصادر الالتزام، الجزء الأول مطبعه الجامعة، بغداد، 1973 .
15- محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، ط1, بيروت, 2007 .
16- مصطفى أبو منذور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2004 .
17- محمد حسين منصور، مبادى الإثبات وطرقه، منشأه المعارف، الإسكندرية.
18- محمود عبد الرحيم، التراخي في تكوين العقد عبر الانترنت، ط3 , دار الثقافة للنشر والتوزيع، لسنة 2010 .

- **الرسائل والأطاريح**

1- بشار طلال احمد، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنه، اطروحة دكتوراه جامعه المنصورة، مصر , 2003 .
2- زينب غريب، إشكالية التوقيع وحجته في الإثبات، رسالة ماجستير، مقدمه إلى كليه العلوم القانونية، جامعه محمد الخامس، الرباط، 2010 .
3- سامح عبد الواحد الشهامي، التعاقد عبر الإنترنت، رسالة ماجستير، دراسة مقارنه كليه الحقوق، جامعه الزقازيق، دار الكتب القانونية، مصر، 2008 .
4- مراد محمد يوسف، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنه، طريق دكتوراه كليه الحقوق، عين الشمس، 2007 .
5- ميكائيل رشيد على الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكه الانترنت بين الشريعة والقانون، اطروحة دكتوراه، ، كلية الشريعة ، الجامعة العراقية, 2012 .

- **القوانين**

1- القانون المدني العراقي رقم40 لسنة 1951.
2- قانون دولة الإمارات العربية المتحدة للتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002.
3- قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (15) لسنه 2004.
4- قانون حماية المستهلك العراقي رقم 21 سنة 2012.
5- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنه 2012.

- **القرارات القضائية**

قرار محكمه التمييز الاتحادية رقم 1290 /استئنائية /عقار 2009.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الدَّوْرُ الاسْتِشَارِيُّ لِمَجْلِسِ الدَّوْلَةِ فِي العِرَاقِ

The advisory role of the State Council in Iraq

م.م منتظر زغير حاتم*
وزارة التربية/ المديرية العامة لتربية المثنى

تاريخ الإرسال: 2025\10\14 تاريخ القبول: 2025\11\10 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

حاولنا في هذا الموضوع بيان الدور الاستشاري لمجلس الدولة كونه إجراء يسبق اتخاذ القرار الإداري، لما له من أهمية كبيرة، فالاستشارة تحقق مصلحة الإدارة والفرد من خلال ضمان صدور القرار بصورة سليمة في نواحٍ متعددة، فظهرت الحاجة إلى مؤسسة متخصصة تتولى تقديم المشورة القانونية وإبداء الرأي للدولة في كل ما يعترضها من مشاكل، لذلك اتجهت الدولة إلى إنشائها للقيام بهذه المهمة، وهذا يُمثل انعكاساً للتنظيم الإداري الصحيح الذي تتبعه معظم الدول وتحرص على تكريسه.

وبينا معنى الاستشارة في العمل الإداري وأنواعها سواء من حيث موضوعها كاستشارة قانونية وإدارية وفنية، ومن حيث إلزاميتها كاستشارة إلزامية والاختيارية، ففي العراق نجد أن هذه الوظيفة الاستشارية المهمة والحيوية اوكلت إلى جهاز واحد سمي بمجلس الدولة (مجلس شورى الدولة سابقاً)، وكان لهذا الجهاز الدور المهم في تقديم النصح وإبداء الرأي للإدارة المركزية فيما تقوم بها من أعمال وتصرفات، وما تباشره من إجراءات، وتقديم المشورة القانونية للجهات الإدارية التي تطلبها، إلا أن هذه الاستشارة تكون مجرد آراء استشارية غير ملزمة للجهة الإدارية التي تطلبها، وإبداء الرأي في تفسير النصوص القانونية، أما بالنسبة لاختصاص مجلس الدولة القضائي الذي يقوم على أساس الفصل في المنازعات الإدارية فيخرج من إطار بحثنا هذا.

الكلمات المفتاحية: الدور الاستشاري، مجلس الدولة، المشورة القانونية.

Abstract

In this topic, we have sought to explain the advisory role of the State Council as a procedure that precedes the taking of an administrative decision, given its great importance. Consultation serves the interests of the administration and the individual by ensuring that the decision is made soundly across various aspects. The need arose for a specialized institution that would provide legal advice and express an opinion to the state on all the problems it

* Email : Mnzlo1986@gmail.com

faces; accordingly, the state established it to carry out this task. This reflects the correct administrative organization that most countries follow and strive to establish.

We have explained the meaning of consultation in administrative work and its types, both in terms of its subject, such as legal, administrative, and technical consultation, and in terms of its obligation, such as mandatory and optional consultation. In Iraq, we find that this vital advisory function was entrusted to a single body called the Council of State (formerly the State Shura Council), we have explained the meaning of consultation in administrative work and its types, both in terms of its subject, such as legal, administrative and technical consultation, and in terms of its obligation, such as mandatory and optional consultation. In Iraq, we find that this vital advisory function was entrusted to a single body called the Council of State (formerly the State Shura Council), and expressing an opinion on the interpretation of legal texts, as for the jurisdiction of the State Council, which is based on the settlement of administrative disputes and is outside the scope of our research

Keywords: Advisory role, State Council, legal advice**.**

مقدمة

يتطلب التنظيم الحديث للدولة المعاصرة أن تقوم بتوزيع الاختصاصات بين المؤسسات والوزارات والدوائر، لإنجاز الأعمال الموكلة اليها لتخصصها بهذه الأعمال، فالهيئات الإدارية في الدولة هي التي تقوم بتطبيق القانون وتنفيذه لتلبية الحاجات العامة للمواطنين من خلال هيئات أو دوائر متعددة، وقد تخطئُ هذه الهيئات أو تصيب بتنفيذ القانون، لذلك تظهر الحاجة لمن يصحح ذلك الخطأ، كما قد لا تستطيع هذه الأجهزة أو الدوائر أن تضع التشريعات اللازمة لممارستها لوظائفها، أو قد يكون التشريع ناقصاً، لذلك وجدت أغلب الهيئات أو دوائر الدولة أنها بحاجة إلى جهة استشارية مُختصة تبين لها جادة الصواب.

أهداف البحث: يكون الهدف من البحث هذا عندما ظهرت الحاجة إلى مؤسسة متخصصة في كل ما يعترضها من مشاكل إلى إبداء المشورة القانونية وتفسيرها، وإعداد التشريعات وصياغتها للدولة فاتجهت الدول إلى إنشاء مجلس الدولة أو مجلس شورى الدولة أو أي مؤسسة أُخرى للقيام بهذه المهام الكبيرة.

أهمية البحث: لموضوع هذه الدراسة أهمية من الناحيتين النظرية والعملية، حيث تكمن الأهمية في تحديد الدور الاستشاري لمجلس الدولة العراقي، ويتحقق ذلك من خلال إظهار أهمية وجود جهاز متخصص يقوم بتزويد الإدارة بآراء صحيحة وقانونية في المسائل الفنية، ونتيجة التطور العلمي والتكنولوجي ظهرت مسائل تحتاج إلى تقديم الرأي الفني المتخصص بشأنها، فضلاً عن أن تنفيذ القوانين يتطلب أحياناً تفسيراً لنصوصه لما يشوبها من غموض، فيتولى عادةً مجلس الدولة ما اوكل إليه مهمة إزالة الغموض والتفسير.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ونستدل على أهمية مجلس الدولة من قول الدكتور عبد الرزاق السنهوري، إذ يقول: "فمجلس الدولة هو المستشار القانوني للدولة في التشريع والفتوى وصائغ التشريعات التي تعدها الحكومة ومستشار الدولة فيما يعرض لها من مشاكل قانونية..."، وهذه الوظيفة الاستشارية المهمة والحيوية في العراق منوطة بجهاز واحد (مجلس شورى الدولة سابقاً) سمي بـ (مجلس الدولة) في الوقت الحالي[1]، فكان لهذا الجهاز الدور المهم في تقديم ما تطلبه دوائر الدولة من إبداء رأي ومشورة قانونيّة.

منهج البحث: على الرغم من أن عنوان هذه الدراسة هو الدور الاستشاري لمجلس الدولة في العراق فإننا لا نعني بذلك أن نقصر الدراسة على الجانب النظري للموضوع فقط بل لابد من التعرف على الجوانب التطبيقية فيه فهذه الدراسة تقوم على منهجية تتمثل بعرض النصوص القانونية العراقية المتعلقة بالموضوع وتحليلها دون مقارنتها بما موجود في الأنظمة الأخرى ، وذلك للتعرف على أفضل الحلول بما يتناسب مع الواقع العراقي فقط؛ لانَّ ذلك يتطلب منا ذكر تفاصيل عديدة ذكرتها تلك الأنظمة المقارنة مع القانون العراقي وبالتالي التوسع في البحث.

مشكلة البحث: تمثل الوظيفة الاستشارية أحد ركائز الوظيفة التي اختص بها مجلس الدولة العراقي إلى جانب الوظيفة القضائية، وبمقتضى هذه الوظيفة يظهر المجلس كمستشار قانوني للدولة يتولى رفدها بالرأي القانوني التي تنير طريقها، لذلك تظهر الحاجة إلى إيجاد الحل القانوني للمشاكل التي تواجه الدولة عند غموض أمر معين هذا من جانب، ومن جانب آخر المساهمة في إعداد مشروعات القوانين ذات العلاقة بالإدارة العامة وصياغتها فهنا يثار سؤال فيما إذا كان هناك جهة مختصة تمتلك الخبرة الفنية والعلمية تقوم بتقديم الدور الاستشاري للإدارة العامة أو لا؟ ويتفرع من هذا التساؤل أسئلة عدّة يمكن الإجابة عنها في بحثنا هذا وهي

- ما هو معنى الاستشارة؟ وماهي أنواع تلك الاستشارة؟
- ما هو الدور الاستشاري الذي يؤديه مجلس الدولة في العراق؟
- هل يكون هناك إلزام للاستشارة أو الرأي الذي يؤديه المجلس لطالب الرأي؟
- هل تقتصر الاستشارة على إبداء المشورة القانونية؟

---

[1] راجع نص المادة (1) من قانون رقم (71) لسنة 2017 تعديل لقانون رقم (65) لسنة 1979 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

خطة البحث: لإظهار أهمية الموضوع من الناحيتين العملية والنظرية، والإحاطة بجوانبه، فأننا سنقسم البحث على وفق خطة ستتضمن مبحثين رئيسين، خصصنا المبحث الأول منه لتعريف الاستشارة في العمل الإداري ضمن مطلبين، الأول سيتناول معنى الاستشارة أما الثاني فسنخصصه لبيان أنواع الاستشارة.

أما المبحث الثاني فسوف نعرض فيه الاستشارة في مجلس الدولة وذلك في مطلبين، سنخصص المطلب الأول لدراسة إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تطلبها الجهات العليا، وسنتناول في المطلب الثاني إبداء الرأي في تفسير النصوص القانونية، ثم سنختم الدراسة بخاتمة سنضمنها أهم الاستنتاجات حول الموضوع، مع الإشارة إلى بعض المقترحات.

المبحث الأول

تعريف الاستشارة

عادةً ما تقوم الإدارة بوظيفة رئيسة لها وهي تقديم العمل الاستشاري للإدارة العامة، سواءً تمثّل هذا العمل في اقتراح تقدمهُ مبادرةً منها، أو رأي مطلوب منها، أو غير ذلك في صورة هذا العمل.

والوظيفة الاستشارية "هي التعبير القانوني عن الآراء المقدمة فردياً أو جماعياً للسلطة الإدارية المختصة باتخاذ القرار الذي أُجريت الاستشارة بشأنه، فتتميز الاستشارة بأهمية بالغة وهي كل تداول للرأي وإن كان غير ملزم، وتسمى الاستشارة أو المشورة وحكمها يجري على النصيحة، ويتخذ العمل الاستشاري الذي تقوم به الإدارة مفهوم يتمثل في قيامها بتقديم الرأي المطلوب منها من جانب السلطة الإدارية المُستشيرة، عندما تزمع إصدار قرار معين، سواء ألزمها القانون بطلب الاستشارة أم لم يلزمها وإنما لجأت للاستئناس برأيها للوصول إلى قرار مناسب في أمر معين كما أن لهذا العمل الاستشاري أنواعاً تختلف بحسب الاستشارة أي حسب نطاق العمل الذي تقدم له الاستشارة وكل ذلك سنحاول صرف الأبصار تلقاءه ضمن مطلبين، نعرض في المطلب الأول معنى الاستشارة الفقهي والتشريعي ، أما المطلب الثاني سنتناول فيه أنواع الاستشارة.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الاول

معنى الاستشارة

تعتبر الشورى[2]، أصلاً من الأصول التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وهي أساس الحكم الصالح[3]، ومما يدل على مشروعية الشورى، والحث عليها في القرآن الكريم[4]، وقد عرفها علماء المسلمين القدامى، فعرفها الاصفهاني "بـأنها استخراج الرأي بمراجعة البعض للبعض"[5]، أي استخراج الصواب بعد التعرف على آراء الآخرين، وامعان النظر فيها، فهي عرض المعضلة في أمور الدين والدنيا، على الذين عرفوا بالرأي السديد، وسماع الآراء المختلفة، واستخلاص الحل المناسب لتلك المعضلة من تلك الآراء المعروضة، والتوصل إلى الحل المناسب للتنفيذ[(6)].

ويعرفها البعض بأنها (طرح موضوع عام لم يرد بـشأنهِ نص قاطع في القرآن الكريم والسنة على الأمة، ممثلة في علمائها، للمناقشة وتبادل الآراء والحجج، بحثاً عن الحكم الصحيح الموافق لأحكام الشريعة الاسلامية)[(7)]، فالمستشار، هو العليم الذي يؤخذ رأيهُ في أمر مهم علمي أو فني أو سياسي أو قضائي أو نحوه ومن حكمة مشروعيتها[(8)].

في مجال الفقه يمكن أن تقع شورى كما يمكن أن تقع استشارة، والشورى في الفقه تكون بعد حوار بين العلماء أو الفقهاء أو المجتهدين، وهذا الحوار ينتهي إلى قرار جماعي يحظى بالإجماع، أو بـتأييد الجمهور، أو الأغلبية، والأصل أن كل ما يصدر عن المجتهدين ومن باب أولى عن العلماء أو الفقهاء الذين لم يصلوا إلى مرتبة الاجتهاد هي فتوى علمية، وهي نوع من الاستشارة، أو المشورة العلمية، ويجب التمييز بين ثلاثة أنواع من القرارات الناتجة عن التشاور وهي المشورة الجماعية المهمة التي لابد من الالتجاء إليها للحصول على قرار جماعي ملزم في شـأن من شؤون الجماعة المهمة، والاستشارة الاختيارية الحرة أي

([2]) الشورى لغةً.. هي "التشاور"، من اشار عليه بمعنى استخرج رأيه، ومجلس الدولة هو المجلس المؤلف لاستماع الدعاوى عرفياً، أو للتداول في شؤون البلاد، ويقال فلان خير سَّير أي يصلح للمشاورة، واستشارة أي طلب منه المشورة، وأشار عليه بشيء، أي دله أو نصحه على الصواب، وشاورهُ في الأمر مشاورة اي طلب ما عندهُ من رأي فيه، انظر في: لسان العرب لابن منظور، طبعة دار المعارف، ج4، ص2358.

([3]) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ القانون الدستوري، دراسة مقارنة، 2001، ص63.

([4]) قوله تعالى ((ﮞ ﮟ ﮠ...)) سورة الشورى الآية (38).

([5]) أبو الثناء الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، المطبعة النبوية، 1345، ص42.

([6]) محمود شيت خطاب، الشورى العسكرية في الاسلام، مؤسسة آل البيت، عمان، الأردن،1989، ص864.

([7]) د. ماجد راغب الحلو، الاستفاء الشعبي والشريعة الاسلامية، طبعة دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1983، ص156.

([8]) القاضي ابو عبد الله محمد ابن سلامه بن جعفر بن علي بن حكمون القضائي الشافعي، كتاب شهاب الاخبار في الحكم والامثال والآداب، كشف الظنون، ج2، ص1067.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

طلب الرأي أو النصيحة من ذوي التجربة أو الخبرة وهي اختيارية لمن طلبها، وتسفر عن رأي ملزم وطلب الفتوى الفقهية، وهي نوع من أنواع الاستشارة في أحكام الفقه وهي مشورة اختيارية لكن لها أحكامها الخاصة[9].

أما في المجال التشريعي فالقانون أحيانا قد يلزم الجهة الإدارية بأخذ رأي جهة استشارية محددة قبل أن تصدر قرارها الإداري في مسألة معينة باعتبار ذلك من الضمانات الأساسية اللازمة لحماية الأفراد من تعسف السلطة الإدارية[10]، ويعتمد العمل الاستشاري أساساً على توجيه الجهود نحو دراسة مشكلة قائمة أو متوقعة وتقديم الحلول التي تساهم بشكل فعال في معالجة تلك المشكلة[11].

فيعرف العمل الاستشاري بأنه ((افصاح الجهة الاستشارية بعد المداولة والتصويت عن رأيها الاستشاري بناء على طلب من السلطة الادارية سواء ألزَمها القانون بذلك الطلب ام لم يلزمها وسواء كان هذا الرأي مقيداً لها أم لم يكن كذلك))، وقد تلجأ السلطة الإدارية إلى الجهة الاستشارية مختارة لطلب رأيها بشأن مشروع قرار معين تزمع إصداره، أي دون إلزام قانوني بطلب هذا الرأي، وذلك إذا رأت وجهاً لذلك وتحقيقاً من جانبها للصالح العام، وتدعيماً للقرار الصادر في هذا الشأن[12] .

وبهذا يمكن تعريف الاستشارة (طلب النصيحة أو الرأي، تبصراً وتعلماً واستئناساً، ممن يتحلى بالعلم ويتصف بالخبرة، قبل الإقدام على تنفيذ أمر، أو اتخاذ قرار).

المطلب الثاني

أنواع الاستشارة

الاستشارة هي مجرد توصية أو نصيحة غير ملزمة، وتعني عرض الشيء لإبداء رأي، أو نصيحة في قضية من القضايا، ومن ثم تتعدد أنواع الاستشارة تبعاً لموضوعها، أو الزاميتها وكما يلي: -

اولاً: الاستشارة من حيث موضوعها:

تتنوع الاستشارة من حيث موضوعها الى استشارة قانونية، وإدارية، وفنية، كما يأتي- :

1. الاستشارة القانونية:

---

(9) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، فقه مقارن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، لبنان،2011، ص177.
(10) د. حمدي ابو النور السيد عويس، الادارة الاستشارية ودور القضاء الاداري في الرقابة عليها، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص239.
(11) د. عادل احمد يوسف الصالح ، الاستشارات الادارية (الواقع والمأمول)، المؤتمر العربي الثاني (الاستشارات والتدريب)، الامارات العربية المتحدة، الشارقة، 2003، ص1.
(12) د. حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص240.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

هي الخدمة التي يقدمها شخص مؤهل في المجال القانوني لمن يطلبها لمساعدته على معرفة الرأي القانوني في مشكلة ما، بحياد وموضوعية، أو تقديم دراسة ذات طابع ثانوي حول موضوع معين، والغرض من هذه النوع من الاستشارة هو لمعرفة حكم القانون في مسألة معينة، وكثيراً ما يكتنف النصوص القانونية الغموض والابهام لأنها تـأتي بعبارات مركزة ووجيزة[13].

وبهذا هي استكشاف رأي القانون في صدد مسألة معينة، قد تكون محل نزاع جدي أمام القضاء، أو لنزاع ممكن أن يقع مستقبلاً، والهدف في هاتين الحالتين هو معرفة حكم القانون والوقوف على احتمالات صدور حكم لصالح طالب الاستشارة من عدمه، وقد تطلب الاستشارة بشأن مسألة معينة لتكون محل نزاع، حينها يطلب المستشير الاستشارة حتى يكون على بصيرة عند تصرفه.

ولا يستطيع أي شخص أن يقدم رأياً في موضوع قانوني مالم يكن متخصصاً في القانون وقد يستطيع غير القانوني تفسير القانون من خلال قراءة النص في بعض الحالات ولكن في حالات كثيرة يتعذر على غير القانوني الفهم الكامل لنصوص معينه وهذا يرجع إلى نقص في الثقافة القانونية لديهم، إضافة إلى انعدام الفكر القانوني أصلاً، والذي يتولد من الدراسة الأكاديمية إضافة إلى الممارسة المقترنة بالخبرة وبالتالي يكون رأيهم مشوباً بالقصور لأنه أغفل الأساس الذي يكون الرأي بموجبهِ وهو التخصص والخبرة، لذلك يجب أن تقدم الاستشارة القانونية بالذات من أشخاص متخصصين في القانون أما من قبل محامي، أو من قبل حقوقي، أو من إدارة قانونية، وأجهزة استشارية متخصصة[14].

والمستشير قد يكون شخصاً طبيعياً، او معنوياً، أو هيئة حكومية، أو غير حكومية، وليس من مهمة المستشار اعطاء آرائهِ الشخصية أياً كانت قيمتها الادبية والمعنوية، وانما هي اعطاء وبيان الرأي القانوني (الحل القانوني) في خصوص المسألة والقضية القانونية المطروحة، وما يتطلبه ذلك من بيان النصوص القانونية المنطقية وتفسيرها بناءً على موقف القضاء والفقه في حالة غموضها.

ومن أمثلة الاستشارة القانونية أن تطلب شركة تجارية معينة من محام معرفة حكم القانون بالنسبة لنزاع حاصل بينها وبين مجموعة العمال للتعرف على امكانية قدرتها اللجوء للقضاء من عدمه، وأن يطلب بنك معين من مستشارهِ القانوني معرفة حكم القانون في المسائل التي يعرضها عليه ليعين له الوجه الصحيح الذي ينبغي أن يتصرف على مقتضاه حتى يتجنب المساءلة، وفي حالة طلب الاستشارة في موضوع قانوني

([13]) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، بدون مكان او سنة طبع او نشر، ص21.
([14]) د. ياسين كريم محمد الحلفي، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1990، ص5 وما بعدها.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من غير جهة قانونية لا تظهر فيها التقنية أو الفن القانوني[15]، ولابد للمستشار القانوني أن يكون على معرفة بالخطوات الضرورية التي يجب اتباعها عند اعطاء رأي قانوني وهذهِ الخطوات تمثل منهجية، أو إطار قانوني يتعين اتباعه عند تقديم الاستشارة القانونية[16].

2. **الاستشارة الإدارية:** تعرفها "مؤسسة الاستشاريين البريطانية "بأنها خدمة يقدمها فرد او افراد لهم استقلالية، وهم مؤهلون لتحديد وبحث المشكلات الادارية الخاصة بالسياسات والتنظيم والإجراءات والطرق، ثم اقتراح توصيات عملية مناسبة لحلها وتقديم المساعدة لتنفيذها""[17].

والاستشارة الإدارية هي نتاج لتفاعل متعدد المراحل والأبعاد بين طالب الاستشارة (المستشير) والقائم على دراسة أو بحث الطلب (المستشار) وتتميز بعدم الزاميتها للجهة المستفيدة في جميع مراحلها وجوانبها ويعتمد نجاح الاستشارة الإدارية وجدواها على قبول طالبي الاستشارة من خلال أسلوب عرض الاستشاري ومقدرتهِ على إقناع الجهة المستفيدة بتطبيقها وقبولها[18].

وهي تعد خدمة تتضمن تقديم معلومات فنية ومهارات تتعلق بمشاكل إدارية واقعية، لا يصبح أي أنسان مستشاراً ادارياً إلا بعد أن تتجمع لديه معرفة بأوضاع الإدارة المتغيرة وبمشاكلها، وبحصولهِ على المهارات التي يحتاج إليها في تحديد المشاكل وفي جميع المعلومات المناسبة وفي تحليلها، وفي اختيار، الحل المناسب لها وفي الاتصال بالناس، وغيرها من المهارات[19].

وتصنف الاستشارة الإدارية وفقاً لمصدرها أن تتم الاستشارة بواسطة مستشار داخلي، أو الاستعانة بمستشار خارجي ،سواء كان من نفس الدولة، أو في خبير من دولة أجنبية، وتتم أيضاً من قبل مستشار شخص، أو من قبل مجموعة من المستشارين، سواء في صورة مجموعة متجانسة، أو مجموعة منفصلة تنتمي كل منها الى تخصص منفصل، أو بين خبرة منفصل[20].

ويحدد نطاق الاستشارة الإدارية في حل المشاكل في مجالات التنظيم والتخطيط والتوجيه والمراقبة والقيام بالعمليات اليومية التي تتطلبها ظروف العمل، وتشمل حقول العمل الاداري كافة، ومنها إدارة الإنتاج، وإدارة التسوق والمحاسبة الإدارية[21].

---

(15) د. احمد صادق القشيري، دور المستشار في عقود التجارة الدولية-دار النهضة العربية، بلا سنة طبع او نشر، ص8.
(16) ياسين كريم محمد الحلفي، مصدر سابق، ص6.
(17) د. نجيب اسكندر ابراهيم، الاستشارة الادارية في المجتمع العربي، المنظمة العربية للعلوم الادارية، ادارة البحوث والدراسات، 1985، ص15.
(18) د. عادل أحمد يوسف الصالح، مصدر سابق، ص2.
(19) محمود شاكر عصفور، مصدر سابق، ص10.
(20) د. عادل أحمد يوسف الصالح، مصدر سابق، ص3.
(21) ياسين كريم الحلفي الحلفي، مصدر سابق، ص6.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أما الاستشاري الإداري هو شخص أو مؤسسة تتوافر لديها الخبرة والعلم والاطلاع المتواصل على النظم الإدارية في الشركات والمؤسسات وكيفية التعامل مع تلك النظم والإفادة منها، فإن الاستشاري الإداري يستخدم معرفتهُ وخبرتهُ لكي يعيد بناء العلاقات التنظيمية والإدارية داخل المنظمة، بما يمكنها من القدرة على المنافسة والتعامل مع متغيرات البيئة[22].

وتتطلب الاستشارة الإدارية أن يكون للمستشار خلفية علمية مناسبة وخبرة عملية كافية، هذا بالإضافة إلى صفات أخلاقية تتمثل في الأمانة والإخلاص والمهارات السلوكية التي تتمثل في القدرة على التعامل مع الناس[23]، وبهذا فإن الاستشارة الإدارية وسيلة مساعدة في إحداث التنمية الإدارية بجميع أشكالها وأنواعها ومن أهم الموضوعات التي تحتاج إلى غاية خاصة ودفعة كبيرة من الجهات المعنية سواء كانت حكومية أم غير ذلك لدورها الكبير والبارز في إحداث التنمية والتطوير للقدرات الإدارية من أجل تحقيق التنمية الشاملة.

3. الاستشارة الفنية

هي تقديم رأي فني متخصص في المجالات العلمية والصناعية والهندسية سواء في التصميم، أو الانشاء أو الفحص، والسبيل إلى ذلك الدراسة والبحث والتحليل أو بتقديم مقترحات أفكار، وهي ضرورية عند نقل التكنولوجيا، أو التصنيع؛ لأنها تساعد على حل المشاكل الصناعية[24].

ولذا فان التقدم العلمي والتكنلوجي وما رافقه من تطور قد خلق حاجة ملحة إلى الاستشارة الفنية، ومن أهم الاستشارات الفنية هو المجال الهندسي، وهي تعد جزءاً من الخدمات المهنية التي يقدمها المهندسون الاستشاريون[25]، والاستشارة الفنية يمكن أن تتعلق بالمعدات والمباني والتجهيزات والإنتاج وطرق تحسينه فنياً وغير ذلك[26].

ثانياً: انوع الاستشارة من حيث الزاميتها:

قد تلجأ السلطة الإدارية إلى الاستشارة بمحض اختيارها، وذلك تدعيماً لقرارها، ولا تكون هذه السلطة ملتزمة بذلك، ويطلق عليها في هذه الحالة (الاستشارة الاختيارية)، وقد تكون السلطة الإدارية ملتزمة قانوناً

---

(22) د. محمود السيد، الاستشارات الادارية والتدريب، مصدر سابق، ص3.
(23) د. نجيب اسكندر، مصدر سابق، ص16.
(24) د. محمود الشكرجي، ادارة المشاريع الصناعية، ج1، مطابع دار الكتاب، بيروت، 1967، ص197.
(25) د. عادل عزت السنجقلي، عقود الاستشارات الهندسية، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، 1983، ص9.
(26) د. عادل احمد يوسف، مصدر سابق، ص4.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بـأخذ رأي جهة استشارية عند اتخاذها قراراً معيناً، ويطلق عليها في هذه الحالة (الاستشارة الالزامية)، ومعيار التفرقة بين الحالتين هو النص القانوني الذي يفرض الاستشارة في الحالة الثانية وعدم وجود مثل هذا النص في الحالة الاولى.

ولا تلتزم الإدارة كقاعدة عامة بالرأي المقدم إليها من الجهة الاستشارية إلا إذا قرر القانون التزامها به وهو ما يحدث على سبيل الاستثناء، ويمكن أن يطلق على هذه الاستشارة التي تتقيد فيها السلطة الإدارية بما يقدم إليها من رأي (الاستشارة المقيدة) ويطلق البعض عليها (الاستشارة المطابقة)[27].

1. الاستشارة الالزامية

يقصد بالاستشارة الالزامية تلك التي تفرضها نصوص قانونية من حيث القيام بها قبل إصدار القرار، ولكن الإدارة تبقى حرة لاتباعها أو عدم اتباعها في قرارها النهائي، لذلك على الإدارة عندما تزمع إصدار كون القرار معيباً من حيث الشكل والإجراءات إذا تجاهلت الإدارة هذا الالزام وأصدرت قرارها قبل أخذ الرأي مقدماً سواء التزمت بهذا الرأي ام لم تلتزم[28]، وتعد هذه الشكلية جوهرية يترتب على إجرائها على نحو مخالف للقانون، أو إغفالها الحكم بإلغاء القرار الاداري الذي يتطلبها القانون بشأنه[29].

والأصل أن الإدارة حرة في ابرام التصرف في موضوع الرأي أو صرف النظر عنه ولها حرية الأخذ بالرأي الذي أُبدي لها أو أن تخالفه؛ لأن الهدف من الاستشارة يتحقق بمجرد علم الإدارة بها مما يجعلها تتصرف وهي على بينة من الأمر، إلا أن القانون قد يلزم الإدارة أحياناً بطلب الاستشارة قبل إصدار القرار، بحيث يكون تصرفها معيباً إذا هي تجاهلت استطلاع الرأي قبل التصرف[30].

ومن الجدير بالذكر أن الرأي الاستشاري قد يكون ذا تأثير فعال على السلطة الإدارية وإن كان لا يلزمها، وهي تأخذه بعين الاعتبار دائماً في إصدار قرارها، وفي كثير من الأحيان تلتزم به أدبياً، باعتباره مبنياً على أسس علمية، وصادراً عن أهل الاختصاص والخبرة[31]، هذا بالإضافة إلى ما يتمتع به غالباً أعضاء الهيئات الاستشارية من مهارة في الإقناع ودراية فنية ومكانة وتقدير، وكلها تشكل في الواقع عناصر تساعد على اعطاء تأثير كبير لعملهم، لدرجة أن الرؤساء الإداريين قد يجدون أنفسهم في أغلب الحالات مرغمين بصورة أو بأخرى على قبول الرأي الاستشاري، حتى لو تعارض مع اتجاهاتهم أو وجهات نظرهم

([27]) د. حمدي أبو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص114.
([28]) د. ادور عيد، القضاء الاداري، ج2، بيروت، 1975، ص 171.
([29]) د. حمدي أبو السيد عويس، مصدر سابق، ص119.
([30]) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، بون مكان طبع أو نشر، 1983، ص141.
([31]) د. حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص123.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

، هذا بالإضافة إلى تخوفهم من المساءلة، واتكالهم في أداء أعمالهم، وفيما يتخذونه من قرارات على الاستشارة الفنية التي تقدمها لهم تلك الهيئات[32].

2. الاستشارة الاختيارية

وهي التي تطلبها السلطة الإدارية من الجهات الاستشارية المُختصة، عندما تزمع إصدار قرار معين، من دون إلزام قانوني يطلبها، وبشرط ألّا تعتبر نفسها مُقيدة بالرأي المقدم إليها في هذه الحالة، وإلا فأنه يعد تنازلاً من جانبها عن جزء من اختصاصها بشكل غير قانوني، وهو لا يجوز، ويطلق عليها البعض الفقه الفرنسي (الاستشارة الحرة)[33]، والإدارة تلجأ إلى طلب الاستشارة في المجالات التي تجد نفسها بحاجة إلى خبرة مؤهلة بدرجة عالية من الكفاية واستقلال الرأي في مواجهة موقف معين[34].

إنّ جعل الاستشارة اختيارية لا يعني القضاء على ملكة الابتكار لدى الهيئات الاستشارية وتجاهل لوجودها، علماً بأنها أقرب صلة بظروف العمل وعلى بصيرة بالمشاكل التي تحيط بالإدارة وتقديم الحلول التي تساعد على حلها التي قد تكون خافية على الرؤساء الإداريين أنفسهم، لذا فان الاتجاه المُعاصر في الإدارة العامة هو توسيع قاعدة اتخاذ القرار، وذلك باشتراك أصحاب الخبرة والرأي وبقدر ما يكون الرأي الاستشاري غير ملزم للإدارة، فان دراسة الموضوع وتقديم الرأي الزام على الهيئة الاستشارية وإبداء ما يكون لديها من آراء تتعلق بالموضوع من دون النظر إلى مدى الأخذ بالرأي من قبل الإدارة أو لا[35].

وفي حالة الاستشارة الاختيارية هي أن الإدارة حره في استشارة الهيئة أو اللجنة إذا رأت ذلك مناسباً كما أن بوسعها إعمال الاستشارة أو إهمالها بحسب ما يتراءَى لها بعد ان استوعبت مضمون الرأي الاستشاري، ومع ذلك فالفائدة التي توختها الإدارة من الرأي الاستشاري قد تحققت حتماً من خلال تبصيرها بمختلف الاحتمالات المتعلقة باتخاذ القرار[36].

3. الاستشارة المقيدة

في هذا النوع من الاستشارات تكون السلطة الإدارية ملتزمة باستشارة جهة استشارية معينة، عندما تزمع اتخاذ قرار معين، ثم تتقيد بعد ذلك بما تسفر عنه هذه الاستشارة من رأي ، ولا يكون ذلك إلا بنص

---

(32) د. رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الاداري، طبعة دار النهضة العربية، 1997، ص 371.
(33) د. حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص115.
(34) د. نجيب اسكندر، مصدر سابق، ص17.
(35) د. عاصم احمد عجلية، طاعة الرؤوساء وحدودها في الوظيفة العامة، بدون سنة او مكان طبع، ص21.
(36) د. ياسين كريم محمد الحلفي، مصدر سابق، ص154.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

قانوني يقرره، وأن تختلف هذه الاستشارة عن النوعين السابقين في وجوب اتباعها، وفي هذه الحالة يجب على السلطة الإدارية إذا أصدرت قرارها، أن تضمنه كل العناصر التي أخذ الرأي بشأنها، ومن اللازم أن يأتي هذا التقيد بالرأي الاستشاري بموجب النص القانوني، ولا يكفي اعتقاد السلطة الإدارية أن هذا الرأي يقيدها بهذا الاعتقاد لا يغير من الأمر شيئاً[37].

وتلتزم السلطة الإدارية المستشيرة في حالة الاستشارة المقيدة، بالرأي المقدم إليها عندما تصدر قرارها، فان رأت أنه غير مناسب فليس أمامها إلا التخلي عن إصدار هذا القرار، ولا يمكنها أن تطلب تقديم رأي جديد بدلاً عن الرأي المقدم إليها، إلا إذا قررت النصوص القانونية إمكانية ذلك، أن هذا النوع من الاستشارة يجد تطبيقه بشكل واسع في مجلس الدولة، فيما يتعلق بمجلس الدولة فقد جعل المشرع رأي المجلس إلزامياً في حالة الاحتكام أو إبداء الراي إلى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة[38].

المبحث الثاني

الاستشارة في مجلس الدولة

تستعين الإدارة العامة في الدولة عادةً بالهيئة الاستشارية التي يقتصر دورها على إبداء النصح وتقديم المشورة في التصرفات الإدارية التي تدخل ضمن اختصاصها.

ويتمثل هذه الجهاز أو الهيئة بمجلس الدولة في مصر والعراق ويسمى ب (مجلس شورى الدولة) في لبنان وتركيا، ولمجلس الدولة اختصاصات عدة منها الاستشارية والتي تتعلق بإبداء الرأي وتقديم المشورة القانونية والصياغة، واختصاص قضائي يقوم على أساس الفصل في المنازعات الإدارية، فالاختصاص الأخير يخرج عن إطار بحثنا فإننا سنحاول إيضاح النوع الأول من هذه الاختصاصات بشيء من التفصيل.

يؤدي مجلس الدول دوراً مهماً وهو تقديم المشورة القانونية وإبداء الرأي للجهات الإدارية التي تطلبها، إلا أن هذه الاستشارة تكون مجرد آراء استشارية غير ملزمة للجهة الإدارية التي تطلبها، سنركز في هذا المبحث على دراسة المشورة القانونية في مجلس الدولة في العراق دون التطرق إلى باقي الهيئات الاستشارية كـ(الدوائر القانونية في الوزارات والجهات الغير مرتبطة بوزارة، وجهاز الادعاء العام)، وذلك من خلال مطلبين، يتناول المطلب الأول إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها الجهات العليا، في حين سنتطرق لموضوع إبداء الرأي في تفسير النصوص القانونية ضمن المطلب الثاني.

([37]) د. حمدي ابو النور السيد عويس، مصدر سابق، ص 124.
([38]) راجع نص المادة (6) من قانون المجلس رقم 65 لسنة 1979 المعدل حيث بينت الحالات التي يكون فيها رأي المجلس الزامياً.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الأول

إبداء المشورة القانونية في المسائل التي تعرضها الجهات العليا

يقوم مجلس الدولة العراقي بإصدار الفتاوى القانونية في المسائل والموضوعات التي تطلبها منه الإدارات العامة في الدولة إبداء الرأي القانوني أو المشورة القانونية فيها، كما تستطيع الإدارة العامة أن تطلب التفسير القانوني الصحيح لأي نص، لما قد يحتويه من إبهام أو غموض، ولا تتقيد الإدارة بوقت محدد في طلب رأي مجلس الدولة، وإنما يتوقف ذلك على متطلبات سير العمل الإداري وتحقيق الصالح العام عن طريق إيجاد حلول لما تصادفها من مشكلات في تطبيق النصوص القانونية على نحو سليم، ودور المجلس في مجال المشورة القانونية فانه يبدي المشورة في المسائل التي تعرضها الجهات العليا.

ومن الهيئات الاستشارية التي تستعين بها الإدارة في العراق في مجال المشورة وإبداء الرأي حول التصرفات الإدارية، ديوان التدوين القانوني(الملغي) الذي أُنشئ بقانون رقم (49) لسنة 1933، ومن اختصاصاته إبداء المشورة في المعاملات القانونية المختلفة، واستمر العمل بالديوان إلى أن ألغي بقانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979، والأخير قد تم تعديله بموجب قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017، الذي حلت بموجبه تسمية (مجلس الدولة) محل تسمية مجلس شورى الدولة، حيث يعد مجلس الدولة له نظاماً قانونياً خاصاً، وهو بحكم هذا النظام هيئة دائمة يشمل اختصاصات جميع الإدارات ولم يبلغ المجلس الصفة الحالية باعتباره جهازاً يختص بالفتوى وإبداء الرأي والمشورة القانونية لدوائر الدولة والقطاع العام.

ويعد دوره هذا امتداداً للدور الذي كان يمارسه سلفه ديوان التدوين القانوني(الملغى)، وهو بذلك يشابهه بصورة عامة المجالس المماثلة في الدول الأخرى كمجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري[39]، ويتمثل دوره الاستشاري في إبداء الرأي والمشورة القانونية للجهة الإدارية عندما تطلب هذه المشورة[40]، ويمارس المجلس في مجال الرأي والمشورة القانونية اختصاصاته في المسائل التي تعرضها الجهات العليا[41].

---

(39) د. عصام البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، بغداد، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، 1990، ص129.

(40) د. محمد علي جواد، د. نجيب خلف احمد، القضاء الإداري، بدون مكان او سنة طبع، ص81.

(41) راجع نص البند (أولا) من المادة (6) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أي تقوم السلطات أو الجهات العليا بعرض المسائل التي تكون لها أهمية، على المجلس لإبداء الرأي وتقديم المشورة القانونية بصدد هذه المسائل، إلا أن المُشرع في قانون المجلس لم يبين الجهات العليا على سبيل الحصر، وإنما جعل النص مطلقاً، ولكن من خلال مراجعتنا للفتاوى وقرارات مجلس الدولة، نرى ينصرف ذلك الى مجلس النواب، وديوان الرئاسة، ومجلس الوزراء، والأمانة العامة لمجلس الوزراء، وبالتالي فالجهات العليا غير الوزارات، والدوائر غير المرتبطة بوزارة، التي أفرد لها القانون عنواناً لتقديم الرأي والمشورة[42].

ويعتمد معيار تحديد الجهات العليا في الدولة على أساس الدستور ومدى مساهمته في ممارسة السلطة، تتحدد السلطات على أساس الواقع الدستوري، فالدستور هو الذي يحدد النظام، وبما أن واقع دستور جمهورية العراق لعام 2005 هو نظام برلماني حيث أقام الدستور نظام الحكم على مبادئ النظام البرلماني الذي يقوم على أساس الفصل بين السلطات ويسمح بين التوازن والرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية وحددت المادة (47) من الباب الثالث من دستور جمهورية العراق لعام 2005 السلطات الاتحادية هي السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية.

والسلطة التشريعية هي سلطة تداولية لها سلطة إصدار القوانين، وتعتبر الهيئة التشريعية في الحكومات ذات النظام البرلماني هي السلطة الرسمية العليا، أما في الحكومات ذات النظام الرئاسي فإن الهيئة التشريعية تكون مساوية للسلطة التنفيذية ومستقلاً عنها وهي التي تسن القوانين، ويلاحظ ان السلطة التشريعية في العراق وفقاً لدستور جمهورية العراق لعام 2005 تتكون من مجلس النواب ومجلس الاتحاد وفقاً للمادة (48)، ويتولى حالياً مجلس النواب تشريع القوانين الاتحادية دون مجلس الاتحاد، وذلك لعدم وجود الأخير من الناحية الدستورية[43].

والسلطة التنفيذية التي تعتبر ذات أهمية كبيرة ومميزة فإذا كان دور السلطة التشريعية يتمثل أساساً في وضع القواعد العامة، فأن دور السلطة التنفيذية يتمثل في تنفيذ وتطبيق هذه القواعد، وذلك بتطبيق القوانين من خلال المراسيم والقرارات التي تظهر في شكل نصوص قانونية، ووفقاً للفصل الثاني المادة (66) من دستور العراق الحالي بين "تتكون السلطة التنفيذية الاتحادية من رئيس الجمهورية، ومجلس الوزراء،

---

[42] د. محمد ماضي، اختصاصات مجلس شورى الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية، مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2012، ص167.

[43] لقد نصت المادة(65) من الدستور بأن ((يتم إنشاء مجلس تشريعي يدعى ب(مجلس الاتحاد) يضم ممثلين عن الأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في إقليم وينظم تكوينه وشروط العضوية فيه واختصاصاته وكل ما يتعلق به، بقانون يسن بأغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب)) ثم جاء نص المادة(317) الوارد في الأحكام ألانتقالية من الدستور وقضى بأن((يؤجل العمل بأحكام المواد الخاصة بمجلس الاتحاد أين ما وردت في هذا الدستور إلى حين صدور قرار من مجلس النواب بأغلبية الثلثين وفي دورته الانتخابية الثانية التي يعقدها بعد نفاذ هذه الدستور)) وكان من الأولى أن ينظم هذه المجلس في صلب الدستور ذاته لا بقانون عادي وذلك لأهمية هذا المجلس وللدور الذي سيؤديه من الناحية التشريعية.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

تمارس صلاحيتها وفقاً للدستور والقانون"، وتكون السلطة التنفيذية مسؤولة عن تنفيذ السياسات والقواعد التي يضعها المجلس التشريعي.

أما السلطة القضائية فقد نظمت المواد في (87- 94) أحكامها في الفصل الثالث من الدستور الحالي تلتزم بأداء وظيفتها المتمثلة بفض المنازعات المعروضة عليها وفقاً للقوانين القائمة[44]، وبما أن السلطة القضائية سلطة مستقلة فلا يجوز طلب الفتوى والمشورة من مجلس الدولة وذلك منعاً للتداخل في الاختصاص ولضمان استقلالية القضاء.

كما نلاحظ أيضا بأن هناك دور لمجلس الدولة بإبداء الرأي وتقديم المشورة القانونية في ابرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية فقد أكد قانون عقد المعاهدات رقم (35) لسنة 2015 ((تعرض الجهات المختصة مشروع المعاهدة قبل التفاوض في شان عقده بفترة مناسبة على مجلس شورى الدولة لإبداء المشورة القانونية بشأنه .....))[45].

وإذا ما رجعنا إلى قانون مجلس الدولة العراقي نجد أنه لم يورد نصاً يلزم الإدارة باللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه ألا أن الأصل حرية الإدارة في اللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه في مسألة من المسائل القانونية ألا أن قانون عقد المعاهدات قد جاء في المادة أعلاه على عرض مشروع المعاهدة على المجلس، وأن يقدم المشورة بصدد عقد الاتفاقات والمعاهدات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها، فيبدي رأيه في مدى انسجام نصوصها مع النظام القانوني للدولة أو تعارضها معه[46].

ويلاحظ في قانون مجلس الدولة أن المشرع لم يلزم الإدارة باللجوء إلى المجلس لأخذ رأيه وإنما جعل ذلك اختيارياً، فلها الحرية الكاملة في تقرير حق اللجوء من عدمه، أي ان المشرع قد جعل من استشارة مجلس الدولة حول الاتفاقيات والمعاهدات الدولية استشارة اختيارية بحيث لا يلزم الإدارة بأن تلجأ إلى المجلس قبل عقد المعاهدة أو الانضمام إليها ومن هذه الدول ما ذهب إليه المشرع العراقي، وفي قرار لمجلس الدولة حيث تطلب الأمانة العامة لمجلس الوزراء المشورة القانونية من المجلس في شأن الانضمام

---

(44) د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ك1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005 ،ص14.
(45) راجع نص المادة (4/اولاً) من قانون عقد المعاهدات رقم (35) لسنة 2015.
(46) د. منذر الشاوي، وزارة العدل، المسيرة والانجاز، مركز البحوث القانونية، العدد(18)، 1984، ص119.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

إلى اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية وحيث رأى المجلس انه لا مانع من الانضمام إلى اتفاقية الحماية المادية للمواد النووية التي اعتمدتها الأمم المتحدة في 3اذار 1980 ودخلت حيز النفاذ في 1987/2/8[47].

المطلب الثاني

إبداء الرأي في تفسير النصوص القانونية

إذا كان النص القانوني في الأصل أن يكون واضح الدلالة على المرادفة ولا يحتمل الدلالة على غيره ولا يحتاج المفسر إلى إجهاد لتعيين المراد منه لأن المشرع وضح ما قصده وعين ما أراد وكفى المفسر عناء الإجهاد في تبيينه[48]، ولكن قد ترد بعض النصوص القانونية يوجد فيها احتمال للدلالة على أكثر من معنى ويحتاج من يطبقها إلى ترجيح أحد المعاني وتعيين المراد أو يوجد فيها نوع من الخفاء أو الغموض على خلاف الأصل، ويحتاج من يطبقها إلى إزالة هذا الخفاء أو الغموض[49].

ولما كان القانون مجموعة قواعد فأن القاعدة هي مفردة وهو الوحدة التي يتكون القانون من مجموعها وتعرف القاعدة القانونية بأنها خطاب موجه إلى الأشخاص بصرف النظر عن مصدرها يشعر بترتيب نتيجة معينة على حدوث واقعة معينة ابتغاء ضبط النظام في المجتمع وتحقيق الانسجام بين روابطه[50].

تتسم القاعدة القانونية بالعمومية والتجريد وغالباً ما توجد صعوبات في تحديد نطاقها الدقيق والوقوف على معناها الحقيقي ويتم ذلك عن طريق التفسير "ولقد أختلف الفقهاء في وضع تعريف دقيق للتفسير والحقيقة أن أي خلاف حول تعريف التفسير يعكس أهمية التفسير، وتتضح أهمية الاتفاق على مدلول محدد للتفسير والمتمثلة في توحيد تطبيق النص القانوني ومنع التبرير إلى تغيير معنى النص القانوني تحت ستار التفسير"[51]، إذ لابد من بيان مفهوم التفسير وأنواعه ومن ثم دور مجلس الدولة في تفسير النصوص القانونية وفق الآتي:.

---

[47] راجع قرار رقم (2010/5)، تاريخ القرار 2010/1/18، بكتاب الامانة العامة المرقم ب (ق/28981/38/4/2) في 2008/10/10.

[48] محمد الشقار، مفهوم التفسير وأنواعه، مجلة الفقه والقانون، الطبعة الالكترونية، ص1.

[49] عبد الوهاب خلاف، تغيير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الحادية والثلاثون، 1950، ص2.

[50] عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، بيت الحكمة، 1989، ص31.

[51] رفاء طارق حرب، اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2008، ص11.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

أولاً: - مفهوم التفسير:

يرى البعض أن التفسير هو تبين المراد من النص تبياناً صادراً من الشارع نفسه وقاطعاً لاحتمال تأويله ولكي يعتبر التفسير كذلك عند فقه الأصول، أي أن يكون التبيان صادراً من الشارع نفسه فإذا كان من غير الشارع كأن صدر من هيئات قضائية أو من شراح القانون فهذا لا يسمى في اصطلاح الأصوليين تفسيراً، لأن التفسير هو ما يقطع الاحتمال ويعين المراد وهذا يكون من الشارع نفسه الذي يعرف المراد على وجه القطع والجزم[52].

عرف التفسير" بأنه توضيح ما أبهم من ألفاظ التشريع وتكميل ما اقتضبت من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه وهو البحث بين أجزائه الناقصة[53]، ولا بد من الإشارة أن التفسير قد يلتبس أحيانا بالتأويل، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن أحدهما مرادف للآخر أي أن لهما المعنى ذاته، ويذهب آخرون إلى التفريق بين كل من التفسير والتأويل، من كل ما تقدم يمكن القول إن التفسير هو تبيين المراد من الكلام على سبيل القطع، أما التأويل فأنه تبيين المراد من الكلام على سبيل الظن[54].

يميل رأي بعض الفقهاء إلى أنه ليس للتفسير أنواع فالتفسير واحد في جميع الحالات وهو في جوهره عبارة عن محاولة لإيضاح المعنى المقصود وبيان المحتوى المتضمن في النص، لذا ينقسم التفسير من حيث مصدره، أو الجهة التي تقوم به على أربعة أنواع هي: -

1. **التفسير التشريعي**:- ويقصد به العمل التشريعي الذي تصدره السلطة التشريعية التي أصدرت العمل التشريعي السابق أو هيئة مفوضة أو مخولة في ذلك لبيان حقيقة المقصود من هذا التشريع، أي يكون تفسير التشريع بتشريع مثله[55].

هنالك اتجاه يرى بأن التفسير التشريعي لا يختلف إلى حد ما عن بقية أنواع التفسير إلا من حيث الجهة التي تمارسه وحسب، فالمشرع يهدف من إصدار التفسير التشريعي إزالة النقص الذي شاب نص القانون الذي تعذر تطبيقه[56].

---

(52) عبد الوهاب خلاف، مصدر سابق، ص3.
(53) د. عبد الرزاق احمد السنهوري و د. احمد حشمت ابو شيت، اصول القانون، القاهرة، 1946، ص163.
(54) التفتازاني، مسعود بن عمر بن عبد الله، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ج1، مطبعة مصر، 1377ه، ص125.
(55) رفاء طارق حرب، مصدر سابق، ص6.
(56) كاظم الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص78.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

والتفسير التشريعي قد يكون في ذاته، وذلك في حالة إيراد التشريع لمصطلحات أو تعابير أو كلمات والتعريف بها في صلب التشريع، وقد يكون في صورة تشريع لاحق للتشريع المراد تفسيره، بهدف إجلاء الغامض والمبهم في التشريع السابق المراد تفسيره وحسم الخلاف الذي نشأ بصدده، ويكون التفسير التشريعي ملزماً للمحاكم والجهات المكلفة بتطبيق التشريع، ولا يؤثر استقراء الأحكام القضائية أو أغلبية أراء الفقهاء على وجهة نظر معينة، ويكون أثر التفسير التشريعي عاماً، وله أثر رجعي بحيث يسري على كل ما لم يتم الفصل فيه من وقائع ولو كانت عناصرها قد اكتملت قبل صدور هذا التشريع ما لم يكن قد صدرت بشأنها أحكام حازت حجية الأمر المقضي به[57].

2. **التفسير الرسمي:-** يصدر التفسير الرسمي من محكمة عليا أو محكمة دستورية عليا أو مجلس الدولة أو مجلس شورى الدولة أو ديوان الفتوى والتشريع أو غير ذلك من التشكيلات والمسميات حسب النظام القانوني في كل بلد عندما تحتاج الجهات الرسمية في الدولة تفسيراً رسمياً لنص من نصوص قانون، والأصل أن يكون هذا التفسير ملزماً للجهات طالبة التفسير الرسمي وأن كانت قوانين بعض الدول - وفي حالات معينة - تنص على أن يكون هذا التفسير على سبيل الاستيضاح فيمكن الاسترشاد به أي يكون غير ملزم للجهة طالبة الرأي والمشورة[58].
3. **التفسير الفقهي:-** يصدر التفسير الفقهي عن شراح القانون وفقهائه، ويكون مدون في مؤلفاتهم وبحوثهم ودراساتهم ومحاضراتهم عند قيامهم بتحليل النصوص القانونية وانتقاداتهم وتقويمهم للأحكام القضائية والانتقادات الموجهة إلى النصوص القانونية وإبداء الرأي بشأن تفسيرها وفهمها وكيفية تطبيقها[59]، ويتميز هذا النوع من التفسير بالمنطق الدقيق، والطابع النظري التجريدي، وتقديم الحجج العلمية، ويتسم بالصفاء والتجرد والموضوعية، ويعتمد الفقيه في ذلك كله على قواعد المنطق وما تهدي إليه مكانته القانونية في التأصيل والتحليل ويكون الهدف من التفسير الفقهي الغاية لا الوسيلة، وللتفسير الفقهي دور مهم في المساهمة في تقويم التشريعات النافذة وبيان نقاط الضعف والوهن في صياغة نصوصها وأجلاء الغامض والمبهم منها وإبراز التناقض بين نصوص قانون واحد أو في نصوص قوانين عديدة تعالج موضوعاً واحداً، ويلعب التفسير الفقهي دوراً في تطوير التشريع كما يساهم في تطوير القضاء بالرغم من أن التفسير الفقهي لا يلزم القضاة إلا أن له تأثيراً معنوياً وأدبياً على القضاة ثم أن التفسير الفقهي يسبق التفسير القضائي وتقديم الحلول والتصورات في تفسير القانون وتطبيقه[60].

---

(57) عادل عازر، التفسير التشريعي وأثره في الماضي، مجلة المحاماة، العدد(5،6)، 1977، ص20، و د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص22.
(58) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، مصدر سابق، ص208.
(59) د. عبد الباقي البكري، وزهير البشير، مصدر سابق، ص122.
(60) د. عبد الوهاب حوحد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، 1983، ص433.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

4. **التفسير القضائي:-** يعد التفسير القضائي لدى القاضي وسيلة للقيام بمهمته في حسم الدعاوى التي ينظرها، وليس هدفاً في حد ذاته، فالتفسير القضائي، واقعي يتأثر بالظروف الواقعية المحيطة بالواقعة موضوع الدعوى فهو إذ يتيح من تفاعل ألفاظ النص القانوني مع الظروف الواقعية للدعوى(61)، فقط قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن من المستقر عليه قضاءً هذه المحكمة أن مجال سريان القانون بأثر مباشر هو الوقائع والمراكز القانونية التي تتم بعد صدوره وأن من المبادئ الأساسية لتفسير وتطبيق النصوص التشريعية، أن اللاحق ينسخ السابق وأن النسخ كما يكون صريحاً يكون ضمنياً، وأن من بين أساليب النسخ الضمني إعادة تنظيم الموضوع بقواعد تشريعية، أو تنظيمية جديدة تسري بأثر مباشر على المراكز العامة القائمة، ولا يكون ذلك إلا حيث يصدر تشريع لاحق على ذات المستوى في مجال مدارج التشريع، وأن يكون التشريع اللاحق حاسماً في إسقاط الحكم السابق، وذلك لتعارضه معه(62).

ويؤدي التفسير القضائي دوراً مهماً في فهم النصوص القانونية ومحتواها الحقيقي ويساعد على استجلاء إرادة المشرع الحقيقية الكامنة في النصوص القانونية وإذا كان التفسير القضائي صادراً من محكمة عليا فأنه يُسهم في إرساء المبادئ القضائية التي يستهدي بها قضاة الموضوع ويحاولون السير على هداها، مما يساعد على توحيد المبادئ القضائية(63)، ويلاحظ أن قضاء محكمة التمييز (النقض) أي المحكمة العليا لا يتمتع في كثير من دول العالم بقوة إلزام لا بالنسبة لها ولا بالنسبة لما دونها من محاكم فلا يوجد مانع قانوني يحول دون أن ترجح عن تفسير سابق في قضية مشابهة حتى ولو استقرت عليه(64).

ثانياً: ـ دور مجلس الدولة في تفسير النصوص القانونية:

تتولى الإدارات العامة في الدولة تطبيق القانون، لكنها قد تحتاج إلى تفسير رسمي لنص من نصوص هذا القانون، فتلجأ إلى طلب تفسير هذا القانون، أو نص من نصوصه بهدف الاطمئنان لتطبيقه بشكل سليم، ولا علاقة لهذا النوع من التفسير بالتفسير القضائي الذي يتولاه القضاء بمناسبة قيام نزاع معروض على القضاء، فالتفسير الرسمي الذي نقصده هنا لم يثر بشأنه نزاع قضائي بل اختلاف وجهات النظر بين

---

(61) د. محمد سليم، تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع، 1981، ص47.
(62) الطعن رقم 1259، لسنة 46 قضائية عليا في 2005/1/26(غير منشور) اشار اليه في د. عصمت عبد المجيد، مجلس الدولة، مصدر سابق، ص210.
(63) د. صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، مجلة القضاء، بغداد، الاعداد (1، 4)، 1999، ص35.
(64) مجيد حميد العنبكي، السوابق القضائية في النظام القانوني الإنكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد (12)، 1981، ص257.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، أو بين دائرة وأخرى ضمن الوزارة أو الجهة الرسمية الواحدة[65].

ويتولى مجلس الدولة العراقي القيام بمهمة التفسير[66]، حيث يمارس مجلس الدولة العراقي اختصاصه بتفسير النصوص القانونية بموجب المادة السادسة في البند (ثالثاً، خامساً) من القانون رقم 65 لسنة 1979 المعدل بقانون (71) لسنة 2017.

ففي قرار لمجلس الدولة بصدد تحديد المدلول القانوني ((للبدل المناسب)) الوارد في نص المادة (21) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986، جاء "أن البدل المناسب هو الذي تقدره لجنة التقدير عند بيع الأراضي والعقارات بدون مزايدة علنية بقرار من وزير المالية إلى دوائر الدولة والقطاع العام والجمعيات التعاونية للإسكان، بعد أن يراعى فيه انسجامه مع الهدف الذي من اجله سيباع العقار أو الجهة التي سيباع له"[67]، ويقوم المجلس بتوضيح الأحكام القانونية عندما تطلب الوزارة أو جهة غير مرتبطة بوزارة لجهة طالبة الاستيضاح حيث لم يرد نص في قانون المجلس بهذا الالتزام.

أما أثر التفسير إذا صدر في مجلس الدولة بموجب القانون النافذ فيكون ملزماً في حالة عندما يبدي مجلس الدولة في المسائل القانونية إذا حصل تردد لدى أحدى الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة، على أن تشفع برأي الدائرة القانونية فيها مع تحديد النقاط المطلوبة أبداء الرأي بشأنها، والأسباب التي دعت إلى عرضها على المجلس، ويكون رأيه ملزماً للوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة طالبة الرأي، أو يكون ملزماً للجهات المرتبطة بهذه الوزارات أو الجهات غير المرتبطة بوزارة أو يكون للتفسير أثره غير الملزم للجهات المستفسرة.

ففي قرار لمجلس الدولة في شأن تحديد المناصب العليا الخاصة برؤساء الأجهزة الأمنية التي يحق لمجلس المحافظة إعفاؤهم من مناصبهم ذلك أن قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 لم يحدد بصورة واضحة المقصود برؤساء الأجهزة الأمنية وبينت أن رؤساء الأجهزة الأمنية يشمل المديرين العامين في المحافظة ولا يشمل من هو دون ذلك، جاء فيه: ((1. أن المقصود برؤساء الأجهزة الأمنية في المحافظة المنصوص عليهم في المادة (1) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم

---

(65) د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول تفسير القانون، مصدر سابق، ص26.
(66) د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، مصدر سابق، ص192.
(67) رقم القرار 2010/1، تاريخ القرار 2010/1/5، بطلب مكتب نائب رئيس الوزراء بموجب كتابه المرقم (2309/أ/17) في 2009/7/20 رأي مجلس شورى الدولة في شان تحديد المدلول القانوني للبدل المناسب.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684
المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

(21) لسنة 2008 تعني من هو بدرجة مدير عام من رؤساء الأجهزة الأمنية في المحافظة. 2. وأن الوظائف الأخرى في الأجهزة الأمنية في المحافظة تخضع لصلاحيات رئيسها المباشر))[68].

أما تفسير النصوص الدستورية فأن هذا الاختصاص منوط بالمحكمة الاتحادية العليا[69]، ولا يتعدى ذلك إلى تفسير القوانين، إذ رسم المشرع لذلك طريقاً قانونياً واضحاً، فالمحكمة لا تملك صلاحية النظر في تفسير القانون أو مادة من مواده، لأن اختصاصها ينحصر في تفسير الدستور أو بعض مواده، ومن ثم ليست لها أن تتطرق إلى تفسير القوانين العادية التي بالإمكان اللجوء في تفسيرها إلى مجلس الدولة وفقاً لاختصاصه الاستشاري، أو تتصدى محكمة الموضوع إلى تفسير القانون عند رفع دعوى متعلقة بها، إلا أن الواقع العملي يبين أن المحكمة قد شهدت خلال أول قراراتها شيئاً من الإرباك فيما يتعلق بهذا الاختصاص حيث فسرت العديد من النصوص القانونية إضافة إلى النصوص الدستورية[70].

الخاتمة

اتضح لنا من خلال استعراضنا للموضوع أن إبداء الرأي والمشورة القانونية للدولة، تمثل وظيفة تخصيصية أناطها القانون للجهة المعدة لهذا الغرض وهي مجلس الدولة، وهو انعكاس للتنظيم الإداري الصحيح الذي تتبعه معظم الدول وتحرص على تكريسه لما يمثل من وحدة في الرأي والمشورة للدولة، وقد كان لنا في نهاية البحث نتائج ومقترحات نبينها فيما سيأتي:

النتائج

1. توصلنا فيما يتعلق بمفهوم الاستشارة إلى أن الاستشارة هي وظيفة تسهم في عملية اتخاذ القرار بإرادة السلطة الإدارية، لتصدر هذا القرار بعد دراسة مستفيضة وبدون تسرع لمختلف العوامل التي لها علاقة بهذا القرار، وبذلك تكون مبرأة من الوقوع في الخطأ، وبالتالي يتحقق الغرض بشكل سليم، فتنجو من احتمالات الإبطال أو النقص.

---

[68] رقم القرار 2010/49، تاريخ القرار 2010/4/29، استيضاح وزارة الداخلية بكتابها المرقم بـ(ح1622/ في 2010/2/14).

[69] هذا الاختصاص وردت الإشارة إليه في دستور 2005 في المادة (93/ ثانيا) إلا أنه لم ترد الإشارة إليه في قانون المحكمة رقم (30) لسنة 2005.

[70] منها تفسيرها بناءً على طلب مجلس القضاء الأعلى لنص الفقرة سادسا من المادة الاولى من قانون التقاعد الموحد رقم 27 لسنة 2006 والمواد 37و 38 من قانون الاستملاك رقم 12 لسنة 1981.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

2. تتعدد أنواع الاستشارة التي تقدمها مجالس الدولة، من حيث موضوعها، إلى (استشارة قانونية، وادارية، وفنية)، أما من حيث إلزاميتها، فقد تكون استشارة الزامية إذا ما كانت السلطة الإدارية ملتزمة قانوناً بأخذ رأي الإدارة الاستشارية عند عزمها اتخاذ قرار معين، وقد تكون اختيارية عندما تلجأ السلطة الإدارية إلى الاستشارة بمحض إرادتها، وتدعيماً لقرارها.
3. يمارس مجلس الدولة دوراً مهماً في مجال الرأي والمشورة القانونية في المسائل التي تعرضها الجهات العليا (مجلس النواب، وديوان الرئاسة، والامانة العامة لمجلس الوزراء) من غير الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة، ويكون للمجلس إبداء الرأي في المعاهدات والاتفاقيات الدولية قبل عقدها أو الانضمام إليها وذلك بناء على طلب من الأمانة العامة لمجلس الوزراء.
4. يقوم مجلس الدولة بتقديم المشورة وبإبداء الرأي بشأن تفسير النصوص القانونية، ولا ريب أن يكون تفسير المجلس في هذه الحالة تفسيراً رسمياً، قد يقدم الفتوى على سبيل الاستيضاح في حال تم تقديم طلب الفتوى على وفق نص المادة (6/رابعاً) من قانون مجلس شورى الدولة المعدل، وقد يكون هذا التفسير ملزماً للجهات طالبة التفسير على وفق ما نصت عليه المادة (6/ خامسا) من نفس القانون.

المقترحات

1. استمرار العمل ما ورد في نص المادة (1) من قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017 من فيما يتعلق بتأسيس مجلس الدولة يختص بوظائف القضاء الإداري والافتاء والصياغة بطريقة تكفل له التخصص الدقيق كغيره من المجالس في دول العالم الأخرى، خاصة وأن وظيفة إبداء الرأي والمشورة القانونية تكون من اختصاص هذا المجلس.
2. التأكيد عل استقلالية مجلس الدولة والحد من تدخل وزير العدل في عمله الذي يؤثر بطبيعة الحال على القرارات المتخذة، وذلك من خلال إلغاء نص المادة (18) من قانون مجلس الدولة، التي أقرّت بحق الوزير الطلب من الهيئة العامة إعادة النظر في قرارها مع بيان الأسباب الموجبة لذلك وله في هذه الحالة أن يرأس الهيئة العامة ويتخذ القرار بأغلبية أعضاء الهيئة العامة والذي يكون نهائياً.
3. ندعوا قسم العلاقات والاعلام في مجلس الدولة بالإضافة إلى مهامه [71] الترويج من خلال وسائل الاعلام الى الزامية آراء مجلس الدولة، إذ إن الشائع عدم الزامية تلك الآراء على الرغم من الزامية بعض آراء المجلس.
4. أن يمارس مجلس الدولة دوره في إبداء الرأي والمشورة القانونية استناداً لما جاء بنص المادة (6) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل في الطلبات المقدمة من رئيس الوزراء أو أي من

[71] راجع نص المادة(16) من تعليمات رقم 1 لسنة 2020 تشكيلات مجلس الدولة ومهامها.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الوزراء فضلاً عن وزير العدل إذ إن مجلس الدولة يمتنع عن إبداء الرأي في المسائل المعروضة من رئيس الوزراء أو أي من الوزراء الآخرين فيما عدا حالة ما إذا كان الاستفسار من وزير العدل حصراً.

5. ندعو المشرع إلى زيادة عدد أعضاء المجلس الدولة الوارد ذكرهم بموجب المادة (1/اولاً، 2، 3) من قانون مجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 المعدل وذلك لتوزيع العمل بين عدد أكبر من الأعضاء ومن ثم تخفيف الأعباء والإسراع بالإجراءات لتأخر مجلس الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية سواء بالاستفسارات أو بالتقنين او بالاتفاقيات.

المصادر والمراجع

- **القران الكريم**

سورة الشورى الآية (38)

- **الكتب**

1. ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، ج4.
2. أبو الثناء الألوسي، روح المعاني في تفسير القرآن الكريم والسبع المثاني، طبعة المطبعة النبوية، 1345.
3. مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في اصول الفقه، ج1، مطبعة مصر، 1377هـ.
4. د. أحمد صادق القشيري، دور المستشار في عقود التجارة الدولية- دار النهضة العربية، بلا سنة طبع أو نشر.
5. د. ادور عيد، القضاء الإداري، ج2، بيروت، 1975.
6. د. حمدي أبو النور السيد عويس، الادارة الاستشارية ودور القضاء الإداري في الرقابة عليها، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
7. د. رمضان محمد بطيخ، الوسيط في القانون الاداري، دار النهضة العربية، 1997.
8. د. عادل أحمد يوسف الصالح، الاستشارات الإدارية (الواقع والمأمول)، المؤتمر العربي الثاني (الاستشارات والتدريب)، الامارات العربية المتحدة، الشارقة، 2003.
9. د. عادل عزت السنجقلي، عقود الاستشارات الهندسية، مركز البحوث القانوني، وزارة العدل، بغداد، 1983.
10. د. عاصم احمد عجليه، طاعة الرؤساء وحدودها في الوظيفة العامة، بلا مكان طبع او سنة نشر.
11. د. عبد الرزاق السنهوري، د. أحمد حشمت، أصول القانون، القاهرة ،1946.
12. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، بدون مكان أو سنة طبع أو نشر.
13. د. عبد الوهاب حوحد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، جامعة الكويت، 1983.
14. د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، فقه مقارن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، لبنان،2011.
15. د. قحطان عبد الرحمن الدوري، الشورى بين النظرية، والتطبيق، بغداد، 1974، الشورى في الاسلام، منشورات المجمع الملكي الاردني لبحوث الحضارة الإسلامية، عمان، 1989.
16. د. ماجد راغب الحلو، الاستفاء الشعبي والشريعة الاسلامية، طبعة دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1983.
17. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، بدون مكان طبع او نشر، 1983.
18. د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، ك 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005.
19. د. محمد سليم، تفسير النصوص الجنائية، دراسة مقارنة، شركة مكتبات عكاظ للنشر والتوزيع،1981.
20. د. محمد عبد العال السناري، مبادئ القانون الدستوري، دراسة مقارنة، 2001.
21. د. محمد علي جواد، د. نجيب خلف احمد، القضاء الإداري، بدون مكان أو سنة طبع.
22. د. محمود السيد، الاستشارات الادارية والتدريب، الملتقى العربي السابع، الاتجاهات الحديثة في الاستشارات والتدريب، دمشق، 2008.
23. د. محمود الشكرجي، إدارة المشاريع الصناعية، ج1، مطابع دار الكتاب، بيروت، 1967.
24. د. نجيب اسكندر ابراهيم، الاستشارة الادارية في المجتمع العربي، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، ادارة البحوث والدراسات، 1985.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

25. عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، بيت الحكمة، 1989.
26. القاضي أبو عبد الله محمد ابن سلامه بن جعفر بن علي بن حكمون القضائي الشافعي، كتاب شهاب الأخبار في الحكم والأمثال والآداب، كشف الظنون، ج2.
27. محمود شيت خطاب، الشورى العسكرية في الإسلام، مؤسسة آل البيت، عمان، الأردن،1989.

- **الرسائل والاطاريح**

1. رفاء طارق حرب، اختصاص القضاء الدستوري بالتفسير، رسالة دكتوراه، جامعة النهرين،2008.
2. كاظم الشمري، تفسير النصوص الجزائية (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001.
3. ياسين كريم محمد الحلفي، الهيئات الاستشارية ودورها في اتخاذ القرار، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1990.

- **الدوريات:**

1. صالح محسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، مجلة القضاء، بغداد، الاعداد (1، 4)، 1999.
2. عادل عازر، التفسير التشريعي وأثره في الماضي، مجلة المحاماة، العدد (5،6)، 1977.
3. عبد الوهاب خلاف، تغيير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الحادية والثلاثون،1950.
4. عصام البرزنجي، مجلس شورى الدولة وميلاد القضاء الإداري العراقي، مجلة العلوم القانونية، بغداد، المجلد التاسع، العدد الأول والثاني، 1990.
5. مجيد حميد العنبكي، السوابق القضائية في النظام القانوني الإنكليزي، مجلة القانون المقارن، العدد (12)، 1981.
6. محمد ماضي، اختصاصات مجلس شورى الدولة في إبداء الرأي والمشورة القانونية، مجلة التشريع والقضاء، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2012.
7. منذر الشاوي، وزارة العدل المسيرة والانجاز، مركز البحوث القانونية، العدد (18) ،1984.

- **التشريعات :**

1. الدستور جمهورية العراق لسنة 2005.
2. القانون رقم 65 لسنة 1979 المعدل بقانون (71) لسنة 2017.
3. قانون عقد المعاهدات رقم (35) لسنة 2015.
4. تعليمات رقم (1) لسنة 2020 تشكيلات مجلس الدولة ومهامها

- **القرارات** :

1. الطعن رقم 1259، لسنة 46 قضائية عليا في 2005/1/26(غير منشور).
2. قرار مجلس الدولة رقم (2010/5)، تاريخ القرار 2010/1/18.
3. قرار مجلس الدولة رقم 2010/49، تاريخ القرار 2010/4/29.
4. قرار مجلس الدولة رقم 2010/1، تاريخ القرار 2010/1/5.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الآثَارُ المُتَرَتِّبَة عَلَى المُوَظّفِ العَام عَن جَرِيمَةِ الكَسْب غَيْرِ المَشْرُوع

Consequences of the crime of illicit gain on a public employee

م. م مصطفى غالب جدعان*
وزارة التربية / المديرية العامة لتربية المثنى

تاريخ الإرسال: 09\10\2025 تاريخ القبول: 02\11\2025 تاريخ النشر: 30\12\2025

المستخلص

تناول بحثنا هذا أثر الكسب غير المشروع على الموظف العام الذي يتمثل فيه أحد أوجه الفساد الإداري والمالي ولكي يتم التصدي لهذا الوجه من الفساد الذي يصيب الوظيفة العامة فقد وضع المشرع قانون الغرض منه حماية المال العام ومعاقبة الموظف الذي يرتكب تلك الجريمة، ولبيان موقف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة من أثر ملاحقة الموظف العام الذي يقوم بالإثراء على حساب المال العام ويتم محاسبته انضباطيا وجزائيا، واسترداد الأموال التي حصل عليها نتيجة ذلك الكسب الغير مشروع، ومدى كفاية النصوص القانونية بهذا الخصوص حيث اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن لقناعتنا بضرورة ذلك لموضوعنا إذ يفتح لنا مجال أوسع، وتوصلت الدراسة إلى نتائج من أهمها كانت هي ان الشريعة الإسلامية هي من سبقت القوانين الوضعية والمواثيق الدولية في تجريم الكسب غير المشروع، وكذلك توصلنا إلى أن بعض النصوص في قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع تحتاج إلى التعديل، كما أوصت الدراسة بعدد من التوصيات كانت أهمها أن تكون إجراءات علاجية في المجالين التشريعي والاقتصادي فيتم التشديد على الموظف العام وبنفس الوقت يتم تحسين المستوى المعيشي له.

الكلمات المفتاحية: الكسب غير المشروع، الموظف العام، الرشوة، الاختلاس

Abstract

This research deals with the impact of illicit gain on the public employee, which represents one of the aspects of administrative and financial corruption. In order to confront this aspect of corruption that affects the public office, the legislator has established a law whose purpose is

---

* Email : Mustafa24390@gmail.com

to protect public money and punish the employee who commits this crime, and to clarify the position of the Iraqi legislator and comparative legislation on the impact of prosecuting the public employee who enriches himself at the expense of public funds and is held accountable in a disciplinary and criminal manner and the money he obtained as a result of that illicit gain is recovered, and the extent of the adequacy of the legal texts in this regard, as we followed the descriptive analytical approach the comparative approach is based on our conviction of the necessity of this for our topic, as it opens up a wider field for us. The study reached results, the most important of which was that Islamic law preceded positive laws and international conventions in criminalizing illicit gains we also concluded that some texts in the Integrity and Illicit Gains Commission Law need to be amended The study also recommended a number of recommendations, the most important of which was to take remedial measures in the legislative and economic fields, emphasizing the role of public employees while simultaneously improving their standard of living.

Keywords: Illicit gain, public employee, bribery, embezzlement

مقدمة

إنّ الله سبحانه وتعالى رسم الطريق لعباده في كيفية الحصول على الرزق الحلال فمن سعى في هذا الطريق فالله وعده بالفوز في الدنيا والاخرة، أما من سعى في طريق الحرام فالله وعده بالخسران في الدنيا والآخرة.

المال عصب الحياة ومهم في حياة الإنسان فالحصول عليه بطرق شرعية وغير مخالفة للقانون فلا إشكال في ذلك، فيكون الإشكال في المال الذي يتم الحصول علية بطرق محرمة شرعا ومجرمة قانونا كجريمة السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وغيرها الذي أطلق عليها القانون بجرائم الاعتداء على المال فلم يشترط أن تصدر من صفة خاصة فيمكن ارتكابها من أي فرد من أفراد المجتمع، غير أن هنالك من جرائم الاعتداء على المال القانون أشترط أن تكون صفة خاصة في مرتكبها وغالبا ما تكون هذه الصفة تتعلق بالموظف العام الذي يعمل في الخدمة العامة فالدولة عندما تعطي السلطة للموظف العام وتمنحه اختصاصات معينة فيكون هدفها تحقيق المصلحة العامة فمن اللازم على الموظف العام ألّا يرتكب أعمالا تؤدي إلى الاخلال بالصالح العام، فأغلب تشريعات دول العالم حرصت على حماية الوظيفة العامة من التعدي عليها واستغلالها من قبل القائمين عليها فشرعت قوانين تجرم الاختلاس، واستغلال النفوذ، والرشوة، والاستيلاء على المال العام وقوانين الكسب غير المشروع فهذه الأخيرة لها أهمية خاصة في تنقية الوظيفة العامة من الشوائب والشبهات، فالكسب غير المشروع يحصل عندما تطرأ زيادة في ثروات الموظف العام بعد توليه الوظيفة لا تتناسب مع موارده ويعجز عن اثبات مصادر مشروعة لتلك الزيادة سواء أكانت له أم لأفراد أسرته، فالمشرع العراقي اعتبر جريمة الكسب غير المشروع جريمة مستقلة وتطرق إليها في قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011، إلا أن أثبات تلك الجريمة تواجه العديد من

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الصعوبات قد يكون بسبب قصور من القائمين على التحقيق في هذه الجريمة أو بسبب نقص في التشريعات المنظمة لها.

أهمية البحث : ونجد بأن موضوع دراستنا يعالج موضوعاً عملياً وحيوياً نلمسه في حياتنا الوظيفية ومن خلال عملنا في الشؤون القانونية، مع تفشي جريمة الكسب غير المشروع في مجتمعاتنا بصورة أكبر مما كانت عليه سابقاً وازدياد ارتكابها من قبل موظفي الدولة وظهور نوع من القصور في النصوص القانونية التي تعالج الوضع القانوني.

إشكالية البحث : إن إشكاليات هذا الموضوع تبرز في اعتبار الكسب غير المشروع أحد اشكال الفساد الإداري والمالي الذي يكون تأثيره بشكل واضح على الموظف العام فتكون لديه ثروة يكتسبها نتيجة ممارسة الوظيفة العامة غير متناسبة مع مقدار الدخل الشهري الذي يتقاضى وأيضا لا يمتلك مصدر مشروع لتلك الثروة، وأن إشكالية البحث تبرز في الاسئلة الآتية :

1. ماهية الكسب غير المشروع في التشريعات المحلية والدولية وماهي أشكاله؟
2. كيف يؤثر الكسب غير المشروع سلبيا على الاداء الوظيفي وسمعة المؤسسات العامة ؟

وتكمن أهمية البحث على اعتبار أن موضوع الكسب غير المشروع من الموضوعات التي لها أهمية كبيرة في الدراسات القانونية والإدارية وبالأخص عندما يتم تناول أثره على الموظف العام فيُسهم البحث في تعزيز النزاهة والشفافية داخل المؤسسات العامة ويقوم بتوفير بيانات قيمة تستخدم لتحسين الإجراءات والسياسات لتكون أكثر فاعلية في مكافحة الفساد وذلك الأمر يساعد في تحسين بيئة العمل داخل المؤسسات العامة ويكون تأثيره واضح على جودة الخدمات التي تقدم للمواطنين فيلزم اتخاذ خطوات واضحة للحماية ويعزز دور الرقابة والمساءلة.

منهجية البحث : اتبعت في بحثي المنهج الوصفي التحليلي والمقارن إذ قمت بدراسة النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة وتحليلها في ضوء الاجتهادات الفقهية والقضائية ذات الصلة بالموضوع والكيفية التي تناولتها التشريعات المقارنة والتشريع العراقي.

خطة البحث : إنَّ بحث الآثار المترتبة على الموظف العام عن جريمة الكسب غير المشروع قادني إلى تقسيم الدراسة إلى مبحثين: المبحث الأول: مفهوم الكسب غير المشروع أما المبحث الثاني: فكشف عن الآثار المترتبة من الكسب غير المشروع على الموظف العام.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المبحث الأول

مفهوم الكسب غير المشروع

الكسب غير المشروع لم يعد مشكلة تعاني منها دولة معينة بل تحول الى ظاهرة عالمية تحتاج التعاون في مواجهتا ففي الآونة الأخيرة كثر الحديث عما ينتجه الكسب غير المشروع من الفساد والآثار السلبية التي تؤثر في المصلحة العامة للمجتمع.

فالمشرع عندما قام بتنظيم الوظيفة العامة أعطى للموظف العام سلطات متعددة لكي يزاول واجبات وظيفته في النطاق المحدد وعلى أحسن وجه وهذه السلطات الممنوحة تستمد من سلطات الدولة فحدد المشرع على الموظف العام عند الممارسة من أجل حماية الوظيفة العامة من الاستغلال والانتفاع لأغراض خاصة (كسب غير مشروع) في حين أن الغرض من الوظيفة العامة هو تحقيق المنفعة العامة فالموظف العام يمكنه استغلال وظيفته استغلالاً يحقق مصلحة خاصة تنافي المصلحة العامة، فالنصوص القانونية في قانون العقوبات التي وصفت جرائم الوظيفة العامة غير كافية للحد من استغلالها وخصوصا بعد زيادة النشاطات والاختصاصات التابعة للدولة في جميع مجالات الحياة وإمكانية سعي اصحاب رؤوس الأموال من شراء ذمم بعض الموظفين، فيهدف المشرع الى غلق جميع السبل أمام الموظف العام التي تسبب ضرر بالمصلحة العامة.

وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنبين في الأول ماهية الكسب غير المشروع, ونتناول في المطلب الثاني مصادر الكسب غير المشروع.

المطلب الأول

ماهية الكسب غير المشروع

سنتناول في هذا المطلب معنى الكسب غير المشروع وبصورة موجزة في التشريعات العراقية والمقارنة بشكل خاص وتعريف الموظف العام، وعوامل الكسب غير المشروع، والأسس القانونية لتجريم الكسب غير المشروع ومن ثم تميز الكسب الغير مشروع عن الكسب المشروع.

الفرع الأول

تعريف الكسب غير المشروع

الكسب غير المشروع يمكن عده من الجرائم التي تقع على الوظيفة العامة فيرتب آثار سلبية وخيمة على الاقتصاد الوطني، فطابعها يكون مختلفاً من حيث مرتكبها ومن حيث الضرر الذي ينتج عنها فأما من حيث مرتكب هذه الجريمة الذي يكون فيها الموظف أو المكلف بخدمة عامة ذا مستوى عالٍ من الخبرة والعلم والنفوذ الذي يمكنه من ارتكاب الجريمة وإخفاء معالمها، وبالنسبة للضرر الذي ينتج عن هذه الجريمة فيقع بصورة مباشرة على المال العام فيسبب ضعف في كيان الاقتصاد الوطني.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أولا-التعريف التشريعي:

فالمشرع العراقي لم يكتف بتنظيمها ضمن باب الجرائم المخلة بالوظيفة العامة وإنما نظمها في قانون خاص نظرا لما لها من أهميه خاصة فتم تعريفة في قانون هيئة النزاهة رقم (30) لسنة 2011 في المادة الثامنة عشر حيث نصت على (أنه كل زيادة في أموال المكلف الملتزم بتقديم تقرير الكشف عن الذمة المالية أو أموال زوجة أو أولاده التابعين له لا يتناسب مع مواردهم العادية يعد كسبا غير مشروع مالم يثبت المكلف أنه قد تم كسبه من مصادر مشروعة)[1].

وعرفه التعديل الأول لقانون النزاهة والكسب غير المشروع رقم (30) لسنة 2019 في المادة (الأولى /سابعا) على أنه (كل زيادة تزيد على 20% سنويا في أموال المكلف أو أموال زوجة أو أولاده لا تتناسب مع مواردهم الاعتيادية ولم يثبت المكلف سببا مشروعا لهذه الزيادة)[2].

في هذا التعريف المشرع العراقي حدد صراحة على مقدار الزيادة وهي ما زادت على 20% تعتبر كسب غير مشروع في حال لم يثبت الموظف سبب مشروع لهذه الزيادة فبذلك المشرع لم يترك هذا الأمر إلى تقدير المحاكم وكثرة التفسيرات.

وتم تعريفه في قانون هيئة النزاهة في اقليم كوردستان رقم 3 لسنة 2011 في المادة الرابعة عشر البند ثانيا على (انه كل زيادة في الثروة تطرا بعد تولي الوظيفة العامة او التكليف العام او قيام الصفة على الخاضع لأحكام هذا القانون او على زوجته او على اولاده القصر متى كانت لا تناسب مع مواردهم وعجزوا عن اثبات مصدر مشروع لها)[3]

وعرفة القانون المصري رقم 62 لسنة 1975 في المادة الثانية على انه (يعد كسب غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الصفة أو الخدمة او نتيجة لسلوك مخالف لنص قانوني عقابي او للآداب العامة)[4].

هنا نرى أن المشرع العراقي فعل كما فعل المشرع المصري عندما حصر الكسب غير المشروع على المال فقط دون المنافع الأخرى.

ثانيا: التعريف الفقهي:

الفقه القانوني لم يوجد تعريف للكسب غير المشروع وإنما اقتصر على شرح التعريفات التي نظمتها التشريعات والسبب في ذلك أن الكسب غير المشروع له خصوصيه معينة بالمعنى القانوني يكسبها القانون

---

(1) المادة(18) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم 30 لسنة 2011 المعدل.
(2) التعديل الثاني لقانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم 30 لسنة 2019 منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق ،العدد 4568 ،السنة الحادية والستون، 26ربيع الثاني 1441ه ،2019/12/23م ص1.
(3) المادة (14/ثانيا) من قانون هيئة النزاهة لأقليم كوردستان رقم 3 لسنة 2011.
(4) المادة (2) من قانون الكسب غير المشروع المصري رقم 62 لسنة 1975.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الذي يقر تجريمه فنلاحظ هنالك تفاوت في الأحكام والضوابط الخاصة بالكسب الغير مشروع من قانون لأخر فكل قانون يصدر لابد أن يناسب الظروف السياسية والاجتماعية التي تكون سائدة في ذلك البلد.

وتعريفات الشراح والباحثين لا تختلف عن تعريفات القوانين العقابية فتم تعريفه على انه (كل مغنم مالي حصل عليه أحد المخاطبين بأحكام القانون من جراء الاستغلال السيء للخدمة أو الصفة، أو ارتكاب سلوك مؤثم جنائيا)([5]) في هذا التعريف القانون حمل عبء الاثبات على المخاطب (الموظف) بدلا من الجهات الرقابية المختصة.

وعرف أيضا على أنه (تعمد الموظف الحكومي بالأثراء غير المشروع، وتعمد زيادة موجوداته زيادة كبيرة بحيث يعجز عن أيجاد التبرير القانوني لها قياسا إلى مستوى دخله المشروع)([6])، نلاحظ في هذا التعريف انه لم يتجنب المأخذ الموجود في تعريفات الشراح والقوانين العقابية.

ويمكن تعريف الكسب غير المشروع من وجه نظر الباحث على أنه كل منفعة يحصل عليها أحد الخاضعين لأحكام الوظيفة العامة سواء الموظف أو المكلف بخدمة عامة تخالف أحكام القانون والشريعة الإسلامية ولا تتناسب مع دخلهم ولا يمكنهم إثبات مصدرها.

الفرع الثاني

تعريف الموظف العام

أولاً: التعريف التشريعي

أغلب التشريعات لم تتفق على تعريف محدد للموظف العام والسبب في ذلك يعود إلى أن وضع الموظف القانوني يكون مختلف فالتشريع العراقي عرف الموظف العام في أكثر من قانون ففي قانون الخدمة المدنية عرفه على انه(كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك الخاص بالموظفين)[(7)].

أما قانون انضباط موظفي الدولة فعرف الموظف العام على أنه(كل شخص عهدت اليه وظيفة داخل ملاك الوزارة أو الجهة غير المرتبطة بوزارة)**[(8)]**.

وأيضا قانون التقاعد العراقي الموحد النافذ عرف الموظف العام على أنه (كل شخص عهدت اليه وظيفة مدنية أو عسكرية أو ضمن قوى الأمن أو مكلف بخدمة عامة الذي يتقاضى راتباً أو أجراً أو مكافاة

[(5)] د. أسامة حسنين عبير، السياسة الجنائية في الكسب غير المشروع، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد91،كلية الحقوق جامعة القاهرة،2018،ص35.
[(6)] الدكتور حسين مذكور، الرشوة في الفقه الاسلامي مقارنة بالقانون، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 1984، ص157.
[(7)] المادة (2) من قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل.
[(8)] المادة (1/ثالثا) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من الدولة وتستقطع منه التوقيفات التقاعدية)هذا التعريف أكثر انسجاماً مع الوضع القانوني الذي يشهده العراق فلم يشترط أن تكون وظيفة دائمة.

بالنسبة للقانون اللبناني عرف الموظف العام على أنه (كل موظف أو متعاقد أو متعامل أو مستخدم أو اجير دائم أو مؤقت في أي ملاك أو سلك بأي رتبه أو درجة في الوزارات أو الإدارات العامة...... وكل ضابط أو فرد في المؤسسات العسكرية والأمنية والجمارك)[9].

ثانيا: التعريف الفقهي:

الفقه العراقي عرف الموظف العام على أنه (كل شخص ساهم بعمل في خدمة شخص من أشخاص القانون العام، مكلف بإدارة مرفق عام، ويشغل وظيفة داخلة في ملاك المرفق)[10] وأيضا تم تعريفة على انه (كل فرد يخدم في مرفق عام تديره الدولة)[11] ومن جانب آخر يكون أكثر شمولا لتعريف الموظف العام فتم تعريفة على أنه (الشخص الذي يتولى خدمة في منظمة، تديرها السلطة الادارية أو المحلية أو المصلحية، سواء أكانت المنظمة مركزية ام لا مركزية)[12].

الفقه اللبناني عرف الموظفين العموميين على أنهم (هم من يقومون بعمل دائم، ويساهمون بصفة مستمرة في تسيير المرافق العامة أو أداء الخدمات العامة)[13] وعرفه فقهاء آخرين على انه (من ولي عملا دائما في وظيفة في أحد الملاكات التي يحددها القانون، أو هو كل من يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى، عن طريق شغله منصبا يدخل في التنظيم الإداري لهذا المرفق)[14].

الفرع الثالث

عوامل الكسب غير المشروع للموظف العام

هنالك عوامل متعددة ومعقدة للكسب غير المشروع وأبرز هذه العوامل:

---

(9) المادة (2) من قانون الاثراء غير المشروع اللبناني رقم 154 لسنة 1999.
(10) مازن راضي ليلو، القانون الاداري ،المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005م، ص120.
(11) شاب توما منصور، النظام القانوني لعمال الدولة في العراق، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية ، المجلد الاول، العدد الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1969م،ص117.
(12) سعد العلوش، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي، دار النهضة العربية،القاهرة، 1968م،ص228.
(13)ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادى وأحكام القانون الاداري ، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1997م، ص315.
(14)محي الدين القيسي، القانون الاداري العام، بيروت 2007م،ص330.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

1. عوامل شخصية وسلوكية تتمثل بضعف الوازع الديني والأخلاقي من خلال غياب الضمير المهني فيدفع الموظف لاستغلال منصبه وتحقيق مكاسبه الشخصية، وطمع وجشع الموظف الذي يجعل منه الرغبة في الثراء السريع دون اعتبار للوسائل القانونية، والجهل بالقوانين أو تجاهلها فهنالك موظفين لا يعرفون حدود صلاحياتهم أو يتعمدون تجاوزها.
2. عوامل تتعلق بإدارة المؤسسة فتتمثل بضعف الرقابة والمسائلة من حيث غياب أليات فعالة لمراقبة أداء الموظفين ومحاسبتهم يشجع على الفساد[15]، وكذلك الروتين الإداري المعقد، وأيضا تفتقر تلك المؤسسات لنظام فعال للإفصاح المالي (تقارير كشف الذمة المالية)
3. عوامل قانونية وتشريعية تتمثل بقصور التشريعات فالقوانين الموجودة تكون غير رادعة أو غير مفعلة بشكل جدي أو عدم استقلالية الجهات الرقابية ففي حال كانت الجهات الرقابية خاضعة للتأثير السياسي فأن فاعليتها تكون ضعيفة.

الفرع الرابع

الاسس القانونية للكسب غير المشروع على الموظف العام:

جريمة الكسب غير المشروع يكون طابعها مختلف من حيث مرتكبها كونه موظف أو مكلف بخدمة عامة وذو مستوى ثقافي وخبره ونفوذ يمكنه من ارتكاب الجريمة وإخفاء معالمها فالمشرع أعطى أهمية خاصة لموضوع الكسب غير المشروع ولم يكتفي بالنصوص التي تكون عامة التي عالجت تجاوز الموظفين حدود وظائفهم والجرائم التي تتعلق بالوظيفة العامة وإنما قام بتشريع قانون خاص بها في بعض الدول وإشارة كذلك لها في قانون النزاهة، ولأهمية الموضوع لم يبقَ المشرع ضمن تشريعات الأطر الداخلية وإنما أبرمت بشأنها اتفاقيات دولية يكون طابعها عام.

أولا: القوانين الوطنية التي تجرم الكسب غير المشروع:

لتطبيق أحكام الكسب غير المشروع هنالك العديد من النصوص التشريعية التي تعطي القوة القانونية للتطبيق، فهذه النصوص أما أن تكون ضمن مواد الدستور الخاص بالبلد أو من ضمن قوانينها العادية فدستور جمهورية العراق لعام 2005 لم يتطرق ضمن مواده لجريمة الكسب غير المشروع وإنما تطرق للخطوط العامة التي بالإمكان الاعتماد عليها في مكافحة الفساد الإداري والمالي، والمادة (27) من

(15) مقال منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية بعنوان نحو مواجهة قانونية فاعلة لجريمة الكسب غير المشروع في العراق، الكاتب دكتور عودة يوسف سلمان و م. م محمد ابراهيم خضير عباس.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الدستور تعتبر من الخطوط العامة وبموجبها منعت جميع من في البلاد من الكسب غير المشروع[16]، وكذلك المادة (127) منعت أصحاب المناصب العليا في البلاد من استغلال نفوذهم في الكسب غير مشروع.

المشرع العراقي نظم قانون الكسب غير المشروع رقم 15 لسنة 1958 وأشار في المادة الرابعة من إلى الكسب غير المشروع الذي يحصل عليه الموظف العام، إلا أن هذا القانون رغم صدوره منذ عقود لم يفعل بشكل فعلي في حينها لكنه ظل موجودا قانونيا إلى أن جاء قانون هيئة النزاهة العراقي رقم (30) لسنة 2011 واحدث تغيرات جوهرية وتطرق لأحكام الكسب غير المشروع في المواد (16 ,17، 18، 19، 20) والمادة (18) أشارت بأن(كل زيادة في أموال المكلف بتقديم تقرير كشف الذمة المالية أو أموال زوجه أو أولاده التابعين له لا تناسب مع مواردهم العادية يعد كسباً غير مشروع مالم يثبت المكلف أنه قد تم كسبة من مصادر مشروعه)[17]، ولغرض توسعة صلاحيات هيئة النزاهة لتشمل مرتكبي الجرائم في الاتحادات والنقابات والمنظمات والجمعيات شرع قانون رقم (30) لسنه 2019 قانون التعديل الأول لقانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011 وأصبح يسمى قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع.

أما المشرّع المصري فقد نظم أحكام الكسب غير المشروع ضمن القانون رقم 193 لسنة 1951 لأول مره ثم صدر قانون رقم(35) لسنة 1952 وبعدها القانون رقم (47) لسنة 1952، ومن ثم صدر القانون الحالي رقم (62) لسنة 1975 حيث تطرق في المادة الثانية منه إلى الكسب غير المشروع الذي يحصل عليه الموظف العام وجعل جريمة من جرائم الجنايات عكس المشرع العراقي اعتبرها من جرائم الجنح ،وكذلك جعل مدة تقادم في الدعوى ثلاث سنوات[18].

أما بالنسبة للمشرع اللبناني فحدد الفئات التي ترتكب من قبلهم الجريمة ومن بينهم الموظف العام والقائم بخدمة عامة والقاضي وحسب المادة الأولى من قانون الاثراء غير المشروع اللبناني رقم 154 لسنة1999 لا يشترط هذا القانون أن تحصل تلك الفئات بصورة مباشرة على الكسب غير المشروع بل يمكن أن تنشأ الاستفادة من المشاريع التي في النية تنفيذها[19]، ونتيجة التزام لبنان بمكافحة الفساد حسب

---

(16) المادة (27) من دستور جمهورية العراق لعام 2005 نص على (أولا: للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب على كل مواطن، ثانيا: تنظم بقانون الأحكام الخاصة بحفظ أملاك الدولة وادارتها).

(17)) المادة (18) من قانون هيئة النزاهة العراقي رقم (30) لسنة 2011.

(18)شعبان العجمي وزياد عبد الرزاق ، دراسة تحليليه لقانون رقم 62 لسنة 1975 وذلك في ظل أراء الفقهاء واحكام القضاء،ص15-17.

(19)المادة (1) من قانون الاثراء غير المشروع اللبناني رقم 154 لسنة 1999 ونصت(الاثراء الذي يحصل عليه الموظف والقائم بخدمة عامة والقاضي أو كل شريك لأي من هؤلاء أو من يعيرونه اسمهم، بالرشوة أو صرف النفوذ أو استثمار الوظيفة، أو العمل الموكول اليهم أو بأي وسيلة من الوسائل غير المشروعة وان لم تشكل جرما جزائيا.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تمت المصادقة عليها عام 2009 فتم إقرار قانون التصريح عن الذمة المالية والمصالح ومعاقبة الاثراء غير المشروع رقم 189 لسنة 2020.

ثانيا: الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة الفساد:

يكمن أساس جريمة الكسب غير المشروع وفق القانون الدولي في الاتفاقيات الدولية والاقليمية فتبنت عدد من الاتفاقيات أحكام الكسب غير المشروع مما جعل ازدياد عدد الدول التي تجرم هذا الفعل وهذه الاتفاقيات عديدة منها اتفاقية البلدان الأمريكية لمكافحة الفساد لعام 1996 التي الزمت أطرافها تضمين في قوانينهم الداخلية جريمة الكسب غير المشروع حيث نصت المادة (9) على أنه(الاثراء غير المشروع رهنا بدستورها والمبادئ الاساسية لنظامها القانوني يتعين على كل دولة طرف لم تفعل ذلك بعد اتخاذ التدابير اللازمة لأنشاء اطار قوانينها كجريمة زيادة كبيرة في اموال مسؤول حكومي انه لا يمكن تفسير معقول فيما يتعلق مكاسبه المشروعة له أثناء اداء مهامه)[20]، وأيضا اتفاقية الاتحاد الافريقي لمكافحة الفساد لعام 2002 نصت في المادة (8) على الزام تجريم الكسب غير المشروع.

أما بالنسبة إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 التي دخلت حيز التنفيذ عام 2005 فنظمت أحكام هذه الجريمة وجعلت كل طرف في هذه الاتفاقية يتحمل المسؤولية الدولية في حال اخلال بأحكامها وتمت الإشارة في المادة (20) من الاتفاقية إلى أنه(تنظر كل دولة طرف رهنا بدستورها والمبادئ الأساسية لنظامها القانوني في اعتماد ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم تعمد موظف عمومي اثراء غير مشروع أي زيادة موجوداته زيادة كبيرة لا يستطيع تعليلها بصورة معقولة قياسا إلى دخله المشروع)[21]، حيث صادق العراق على هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم 35 لسنة 2007.

بالإضافة إلى اتفاقية الأمم المتحدة أيضا صادق العراق على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010 بموجب القانون رقم 94 لسنة 2012 حيث نصت المادة (4) من الاتفاقية على أن (تجريم مع مراعاة ان وصف أفعال الفساد المجرمة وفقا لهذه الاتفاقية يخضع لقانون الدولة الطرف، تعتمد كل دوله وفقا لنظامها القانوني ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية قصدا أو عمدا)[22].

---

(20)المادة (9) من اتفاقية البلدان الامريكية لمكافحة الفساد لعام 1996.

(21)المادة (20) من الاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.

(22)المادة (4) من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

الفرع الخامس

التميز بين الكسب المشروع وغير المشروع للموظف الحكومي

التميز بين الكسب المشروع وغير المشروع للموظف العام يعد من أهم المعايير التي تحافظ على نزاهة الوظيفة العامة وثقة المجتمع في مؤسسات الدولة، حيث يعتمد على التناسب بين الدخل والثروة وعلى عدة عوامل، فبالنسبة للكسب المشروع يعتمد على عامل العمل الشريف، والامتثال للقوانين، والشفافية، أما بالنسبة للكسب غير المشروع فيعتمد على الغش والاحتيال، السرقة والنهب، الرشوة والفساد، النشاطات غير القانونية مثل الاتجار بالمخدرات أو البشر.

والكسب المشروع هو ما يحصل عليه الموظف مقابل عمله وفقاً للقانون والأنظمة المعتمدة ويشمل الراتب الاسمي والمكافاة المقررة رسمياً، وبدلات النقل والسكن، والحوافز، أما الكسب غير المشروع هو كل مال أو منفعة يحصل عليها الموظف نتيجة استغلال منصبه أو صلاحياته لتحقيق مصلحة شخصية ويشمل الرشوة مقابل انجاز عمل يقع ضمن اختصاصه، واستغلال نفوذ، واستخدام موارد العمل لأغراض شخصية مثل السيارات أو الأجهزة أو ضياع الوقت الوظيفي، باختصار الكسب المشروع هو الكسب الذي يتم الحصول عليه بطرق قانونية وأخلاقية وشفافة، بينما الكسب غير المشروع هو الكسب الذي يتم الحصول عليه بطرق غير قانونية وغير أخلاقية وغير شفافة، فنوصي بتعزيز آليات الرقابة المالية وتفعيل الاقرار المالي الدوري والتعاون الدولي في مكافحة الكسب غير المشروع.

فالتشريعات المقارنة نظمت قوانين للكسب غير المشروع منها المشرع العراقي نظم قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم 30 لسنة 2019، أما المشرع المصري فنظم قانون الكسب غير المشروع رقم 62 لسنة 1965، والتشريع الفرنسي نظم قانون مكافحة الفساد والشفافية لعام 216.

المطلب الثاني

مصادر الكسب غير المشروع

شرع الله تعالى الحياة البشرية وقوّم مَسارها في الدنيا والآخرة واعتمد منهجاً كاملاً يقوم على السعي والكسب المشروع لكي يتم تعمير الأرض ونهى عن الكسب الغير مشروع وحرمه فالمشرع العراقي عمل وفق ما جاء في الشريعة الإسلامية حيث جرم الكسب غير المشروع وخاصة من الموظف العام الذي يعمل في القطاع العام فيشترط ان يكون الموظف ذو شفافية ونزاهة ليحقق مصلحة المجتمع وتقدمه وبناءه فهذه الشروط لا تتحقق إلا بمنع فساد الموظف والكسب الغير مشروع له أشكال يمكن أن نتطرق بعض منها في دراستنا ومنها (الرشوة، الاختلاس، استغلال النفوذ).

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

الرشوة

تفهم الرشوة على أنها دفع مالي أو منفعة غير مشروعة للحصول على منفعة معينة تقدم لشخص يكون في منصب رسمي، وهذه ممارسة تكون غير مقبولة وناتجة عن تعسف في استعمال السلطة ،والموظف العام في هذا الأمر استغل سلطة وخان الأمانة من أجل السعي وراء الكسب غير المشروع[23].

ويمكن تعريف الموظف المرتشي في القانون العراقي على أنه (كل موظف أو مكلف بخدمة عامه طلب أو قبل لنفسه أو لغيره عطية أو منفعة أو ميزة أو وعد بشي من ذلك لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الاخلال بواجبات الوظيفة)[24].

كما عرفه القانون المصري على أنه (كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعدا أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الاخلال بواجبات الوظيفة)[25].

وعرفة القانون اللبناني في المادة (352) من قانون العقوبات على أنه (كل موظف عمومي طلب أو قبل لنفسه أو لغيره هدية أو وعدا أو اي منفعة أخرى ليؤدي عملا من واجباته أو ليمنع أو يؤخر عملا من هذه الاعمال)[26].

فالرشوة تقدم من المواطن أما أن يكون جاهلاً بالقانون أو مستغلا جشع الموظف لغرض الحصول على الصفقات والاستثمارات والتهرب من الضرائب بطرق ملتوية على القانون، فيقوم الموظف المرتشي بتبرير الرشوة بعدة دوافع منها تجبير النصوص الدينية عندما يقول إن الرسول (ص) قبل الهدية وبذلك ليست فساد الهدايا بل وسيلة للتحبب الأسباب كثيرة تجعل الموظف العام يقدم على طلب الرشوة من هذه الأسباب أسباب أخلاقية وتربوية، التخلف والجهل في المجتمع والمؤسسات، عدم العدالة في توزيع الدخل(راتب الموظف)، عدم وضع الشخص المناسب في المكان المناسب، المزايا الكبيرة الممنوحة للمسؤولين كالسيارات الفخمة والايفادات المستمرة، الانفاق الغير مبرر في نهاية العام، تغافل الجهات الرقابية، أسباب اجتماعية تتعلق بالأعراف والتقاليد والقيم، عدم وجود نية حقيقية من الحكومات التي سبقت لمكافحة الفساد.

حيث أن الرشوة يكون لها تأثيرات سلبية على الموظفين حيث تسبب بفقدان الثقة بين الزملاء والعملاء وتضعف الأداء الوظيفي وتسبب خسائر مالية للمؤسسة بدل استثمار أموال المؤسسة، من جانب آخر يكون تأثيرها سلبي على المؤسسة التي يعمل بها الموظف المرتشي حيث تسبب بفقدان السمعة للمؤسسة ولربما تؤدي الى فرض عقوبات قانونية على المؤسسة.

---

(23) الدكتور حسين مذكور، المصدر السابق، ص157.
(24) المادة (307) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
(25) المادة (103) من قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
(26) المادة (352) من قانون العقوبات اللبناني حسب المرسوم الاشتراعي رقم 340 لسنة 1943.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فتكافح الرشوة من خلال تطبيق القوانين واللوائح التي تحضر الرشوة، وتعزيز الشفافية في التعاملات الوظيفية والمالية، وتدريب الموظفين على مخاطر الرشوة وتأثيراتها، وتشجيع الموظفين على الابلاغ عن حالات الرشوة.

الفرع الثاني

الاختلاس

ويمكن تعريفه على أنه قيام الموظف أو المكلف بخدمة عامة بأخذ ما هو موجود تحت حيازته وبحكم صفته القانونية، أشياء تكون مملوكة للدولة يقصد اضافتها إلى ملكه الخاص)[27]، فالقانون العراقي عرفة على أنه (كل موظف أو مكلف بخدمة عامة أختلس أو أخفي مالا أو متاعا أو ورقة مثبتة لحق أو غير ذلك مما وجد في حيازته وتكون العقوبة بالسجن المؤبد أو المؤقت اذا كان الموظف أو المكلف من مأموري التحصيل أو المندوبين أو الامناء على الودائع أو الصيارفة)[28].

وعرفه القانون اللبناني على أنه (كل موظف أختلس ما وكل اليه أمر ادارته أو جبايته أو صيانته بحكم الوظيفة من نقود أو أشياء أخرى للدولة أو لاحد الناس عوقب بالسجن من ثلاثة أشهر الى ثلاثة سنوات وبغرامة أقلها قيمة الردود)[29]، فعل الاختلاس يقوم في جوهرة على تغير نية حيازة المال من الموظفين من حيازة ناقصة الى حيازة كاملة بقصد التملك والتصرف فيه على اعتبار انه مملوك للموظف فهذه النية تدل على النشاط الاجرامي فهذه الأفعال التي تدل على النشاط الاجرامي لا يمكن حصرها فكل فعل يصدر من الموظف يكشف عن اتجاهه نية تملك المال الذي استلمه بحكم وظيفة.

الفرع الثالث

استغلال النفوذ

الكثير من الإشكالات تثيرها جريمة استغلال النفوذ في التطبيق العملي فلا يوجد لها هيكل خاص في النظام القانوني وإنما يمكن تميزه عن بقية الجرائم كالرشوة والاحتيال والكسب غير المشروع وعندما نبين ذاتية كل من استغلال النفوذ والكسب غير مشروع يتضح أن تحقق جريمة استغلال النفوذ بالحصول على مال ومنفعة (مقابل) بينما جريمة الكسب غير المشروع تتحقق بالحصول على مال فقط، وكذلك تتحقق جريمة الكسب غير المشروع بسبب أعمال وظروف الوظيفة والمنصب بينما تتحقق جريمة استغلال النفوذ

---

[27] عبد الرحمن الجوراني، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مكتبة جاحظ، بغداد، ص73.
[28] المادة (315) من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
[29] المادة (359) من قانون العقوبات اللبناني حسب المرسوم الاشتراعي رقم 340 لسنة 1943.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

باعتمادها على النفوذ، فنرى أن جريمة الكسب غير المشروع تتحقق عن طريق استغلال النفوذ الحقيقي وليس النفوذ المزعوم([30]).

المشرع العراقي لم يذكر في قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل نص صريح يوضح جرائم استغلال النفوذ وإنما نظمها بشكل خاص في قانون العقوبات العسكري رقم 19 لسنة 2007 من الفصل الثامن وفي المواد من (52 الى 60)، وكذلك قانون عقوبات الأمن الداخلي رقم 14 لسنة 2008 خصص الفصل السابع وفي المواد من (22 الى26).

الدول العربية ودول العالم تصدت للحد من جرائم الفساد حيث أن منظمة الأمم المتحدة اتخذت إجراءات سريعة ورادعة بحق مرتكبي تلك الجريمة فقامت بتشريع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003 حيث نصت على جرائم متاجرة النفوذ فتنظر كل دولة طرف في اتخاذ ما يلزم اتخاذه من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم تلك الأفعال عندما ترتكب عمداً فتنص على الآتي (أـ - وعد موظف عمومي أو أي شخص أخر بأي ميزة غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها، بشكل مباشر أو غير مباشر، لتحريض ذلك الموظف العمومي أو الشخص على استغلال نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية تابعة للدولة الطرق على ميزة غير مستحقة لصالح المحرض الأصلي على ذلك الفعل أو لصالح أي شخص أخر. ب: قيام موظف عمومي أو أي شخص أخر بشكل مباشر أو غير مباشر، بالتماس أو قبول أي ميزة غير مستحقة لصالحة أو لصالح شخص أخر، لكي يستغل ذلك الموظف العمومي أو الشخص نفوذه الفعلي أو المفترض بهدف الحصول من إدارة أو سلطة عمومية تابعة للدولة الطرف على ميزة غير مستحقة)([31]) ، العراق صادق على هذه الاتفاقية بموجب القانون رقم (35) لسنة 2007.

المبحث الثاني
الآثار المترتبة من الكسب غير المشروع على الموظف العام

يتصف المجتمع باستمرارية وكثرة التطور والتغيير ولما كان التشريع أداة الدولة في تنظيم أمورها وحماية مصالحها فيلزم عليه مواكبة ذلك التطور والتغيير الحاصل في المجتمع فقد تم الإشارة إلى جريمة الكسب غير المشروع في القوانين الوضعية، وأن الآثار التي تترتب على جريمة الكسب غير المشروع أما أن تكون آثاراً قانونية وهي فرض العقوبات على مرتكب الجريمة ويكون جوهرها هو الايلام والايذاء لمن

[30] النفوذ المزعوم (يتحقق عندما يدعى شخص معين لنفسه نفوذا أيّاً كان والحقيقية ليست كذلك كأن يدعى بأن له علاقة مع مسؤول حكومي كبير أو ان يدعى بأن لديه أموال طائلة يمكن من خلالها الحصول على منافع شخصية).
[31] المادة (18) من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

تنزل به([32])،أو آثاراً تدهورُ أمن المجتمع ونظامه وتولدُ الخوف والفزع بين أفراد ذلك المجتمع([33])، لذا سنقسم دراستنا هنا على مطلبين نعالج في المطلب الأول الآثار القانونية، وفي المطلب الثاني الآثار الاجتماعية والاقتصادية على الكسب غير المشروع للموظف العام.

المطلب الأول
الآثار القانونية (العقوبات)

العقوبة هي الجزاء الذي يفرض على مرتكب الجريمة الغرض منها منعه من ارتكاب الجريمة مرة أخرى هو وغيره من الموظفين([34])، والعقوبات إما أن تكون أصلية أو تكميلية أو تبعية، وتكون العقوبة مختلفة عن التعويض؛ لأنّ العقوبة هي حماية المجتمع من خطورة الجريمة بينما التعويض يكون بإصلاح الضرر الذي تسبب من تلك الجريمة ويستحقه المجنى عليه([35]).

الفرع الأول
العقوبات الأصلية المفروضة على الموظف المتورط

التشريعات اختلفت في تحديد عقوبة جريمة الكسب غير المشروع فالمشرع العراقي قرر عقوبة مرتكب الجريمة في قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم 30 لسنة 2011 والمعدل بالقانون رقم 30 لسنة 2019 وفق المادة (19) فتم تحديدها بالسجن مدة لا تقل عن سبع سنوات وغرامة تعادل قيمة الكسب غير المشروع هذا بالنسبة للموظف المذكورين بالمادة (16/اولا) من القانون، فحسنا فعل المشرع عندما جعل الحد الأدنى سبع سنوات وترك الحد الأعلى كسلطه تقديرية للقاضي([36])، فتعتبر جناية تختلف عما كانت عليه قبل تعديل قانون هيئة النزاهة والتي كانت جنحه.

أما بالنسبة للمادة (19/ثالثا) من القانون المعدل لهيئة النزاهة فتفهم انها خصصت لمعاقبة الموظفين والمكلفين بخدمة عامة والمذكورين في المادة (16/ثالثا) من القانون فتكون عقوبتهم الحبس مدة لا تقل عن 3 سنوات وغرامة تعادل قيمة الكسب غير المشروع.

([32]) د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة ،1982،ص669.
([33]) المحامي محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، شرح على متون النصوص، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص379.
([34]) د. علي حسين الخلف ،د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص405.
([35]) المحامي محسن ناجي، مصدر سابق، ص380.
([36]) ينظر نص المادة 88و 89من قانون العقوبات العراقي النافذ.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

نلاحظ أن المشرع العراقي قبل تعديل قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2019 لم يحدد أحكام عقابية بحق من يمتنع عن تقديم كشف الذمة المالية وإنما جعلها من واجبات الموظف ومن الممكن تشكيل لجان تحقيقية وتوجيه عقوبات انضباطية ولا يمكن للقاضي فرض عقوبات جزائية لعدم ورود نص بذلك[37]، إلا أن التعديل الحالي بالقانون عالج ذلك النقص بخصوص من يمتنع عن تقديم الاستمارة دون عذر مشروع فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة حسب ما ورد في المادة(19/اولا) من القانون فبذلك نرى أن هذه العقوبة خفيفة؛ لأنّ امتناع المكلف عن تقديم الاستمارة يكون خطر لان يحاول اخفاء الزيادة غير المشروعة الحاصلة في أمواله فالأجدر بالمشرع أن يجعل العقوبة السجن بصورة مطلقة ويترك تقديرها لسلطة القاضي في تحديد العقوبة، وكذلك المادة (19/خامسا) عاقبت المكلف الذي يتعمد بإخفاء معلومات مطلوبة في الاستمارة أو قدم معلومات كاذبة بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وبنظرنا أيضا هذه العقوبة خفيفة لان السنة تكون قليلة وبإمكان القاضي أن يحكم على المتهم بتلك السنة مع إيقاف التنفيذ.

وفرض أيضا المشرع العراقي عقوبة الغرامة المالية وهي عقوبة تكميلية وجوبية أي يجب على القاضي الحكم بها هذه ما نصت عليه المادة(19/ثانيا) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع رقم 30 لسنة 2019 وأنت تحديد الغرامة لا يمكن أن يكون بحد معين بل يختلف تبعا لظروف كل واقعة وما يتلاءم مع الضرر الناتج من الجريمة، وكذلك فرض القانون عقوبة مالية وهي رد قيمة الكسب غير المشروع هذا ما نصت عليه المادة (19/رابعا) ولا يمكن أطلاق سراح المحكوم عليه بجريمة الكسب غير المشروع إلا بعد تسديد مبلغ الغرامة وإرجاع قيمة الكسب، وهنالك عقوبة مالية أخرى وهي عقوبة المصادرة وتعتبر عقوبة تكميلية فالقانون رقم 30 لسنة 2011 اخذ بها الا ان القانون الحالي رقم 30 لسنة 2019 لم يأخذ بها وخصوصا عندما الغيت المادة (20)، لكن يترك للمحكمة الاختيار أن تقضي بها أو لا تقضي مستندا الى المادة (101) من قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدل، فالأجدر بالمشرع ان يترك المصادرة بنص صريح بعد تعديل قانون هيئة النزاهة دون ان يترك تقديرها اختياريا للمحكمة.

أما بالنسبة للعقوبات التي فرضها المشرع المصري على جريمة الكسب غير المشروع في قانون رقم 62 لسنة 1975 وهي عقوبة السجن وغرامة مساوية لقيمة الكسب غير المشروع والحكم برد الكسب هذا ما نصت عليه المادة(18)،وبذلك فأن المشرع أعطى سلطة تقديرية للقاضي في فرض العقوبة وتحديدها بالحد الادنى ثلاث سنوات والاعلى بخمسة عشر سنة حسب ما تقتضي أحوال الجريمة، وكذلك المشرع عالج حالة الامتناع عند تقديم تقرير كشف الذمة المالية وفرض عقوبة الحبس والغرامة حسب المادة(20)

---

(37) حسن جلوب كاظم، مشروع قانون الكسب غير المشروع دراسة تحليلية، ص13.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من القانون اعلاه، وأيضا نظم عقوبة من يقدم بيانات ومعلومات غير صحيحة وكاذبة فتكون العقوبة الحبس والغرامة حسب المادة (21) من القانون الكسب غير المشروع رقم 62 لسنة 1975[38].

والمشرع المصري أيضا فرض عقوبة الغرامة على جريمة الكسب غير المشروع وجعلها عقوبة أصلية وجوبية مضافة للحبس اي ان القاضي ملزم بالحكم بها والا يعتبر الحكم معيبا[39]، وتقدير الغرامة يكون مساوية لقيمة الكسب غير المشروع، أما بالنسبة لعقوبة المصادرة فالمشرع المصري لم يشير لها في جريمة الكسب غير المشروع وإنما أشار إلى استرجاع قيمة الكسب وبذلك تشابه مع المشرع العراقي في القانون الحالي لهيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2019 المعدل.

بالنسبة للمشرع اللبناني فلم يحدد عقوبة خاصة بجريمة الكسب غير المشروع وإنما أكتفى بالعقوبات المحددة في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني وقانون العقوبات اللبناني للجرائم التي تدخل من ضمن مفهوم الاثراء غير المشروع مستند في ذلك الى المادة(9) من قانون الاثراء غير المشروع اللبناني رقم 154 لسنة 1999[40].

الدعوى الجزائية تنقضي بحق المتهم بجريمة الكسب غير المشروع في حالة الوفاة هذا ما استقر عليه المشرع العراقي والمشرع اللبناني الا انه لا يحول من رد الكسب غير المشروع من ورثة في التركة بعد ملاحقتهم بدعوى مدنية، أما المشرع المصري فيختلف عن التشريعين العراقي واللبناني حيث تنقضي الدعوى الجزائية بوفاة المتهم بالكسب غير المشروع إلا أن هذا الانقضاء لا يمنع من رد الكسب غير المشروع لكن يشترط أن يصدر الرد بحكم من محكمة الجنايات المختصة وخلال ثلاث سنوات من تاريخ الوفاة[41].

---

(38) قد نصت المادة 21 الفقرة الأولى من قانون الكسب غير المشروع المصري رقم 62 لسنة 1975 على عقوبة لمن يخالف أحكام المادة 8 إذ نصت على أن: "كل من يخالف أحكام المادة 8 يعاقب بغرامة لا تجاوز مائة جنيه".

(39) د. عبد السلام محمد سالم النملي، جريمة الكسب غير المشروع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص266.

(40) صفاء جبار عبد البديري، جريمة الكسب غير المشروع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، 2016، ص112.

(41) تنص المادة (5) من قانون الكسب غير المشروع المصري رقم 62 لسنة 1975 على إنه: " يتولى فحص إقرارات الذمة المالية وتحقيق الشكاوي المتعلقة بالكسب غير المشروع هيئات الفحص والتحقيق الآتية:
أ- هيئة أو أكثر تشكل كل منها من خمسة من مستشاري محكمة النقض يختارون في بداية العام القضائي بطريقة القرعة وتكون رياستهم لا قدميهم وذلك بالنسبة الى رئيس الجمهورية ونوابه ورئيس مجلس الشعب ورئيس مجلس الوزراء ونوابه ومن هم في درجتهم والوزراء ونوابهم وأعضاء اللجنة التنفيذ العليا للاتحاد الاشتراكي العربي وأعضاء مجلس الشعب.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الثاني

العقوبات التبعية والمهنية التي تلحق الموظف بوظيفته

العقوبة تكون مختلفة على الجزاء التأديبي فهدف العقوبة بشكل عام هو تحقيق مصلحة المجتمع ويخضع جميع أفراد المجتمع للعقوبة، بينما الجزاء التأديبي يهدف الى تحقيق مصلحة المؤسسة التي تعمل على أداء خدمة عامة ولا يخضع للجزاء التأديبي الا الموظف العام[42].

أما بالنسبة للأثر المترتب نتيجة صدور الاحكام الجزائية على العلاقة الوظيفية فنجد أن المشرع العراقي جعل الجزاء التأديبي لمرتكب جريمة الكسب غير المشروع هي حرمان الموظف من تولي الوظيفة بصورة نهائية فيعاقب إداريا بعقوبة العزل[43]، هذا ما أستقر عليه كذلك التشريعين المصري والفلسطيني، إلا أن المشرع العراقي أختلف عن التشريعين الأخيرين في أنه لم يتطرق إلى حرمان الموظف في الشركات والهيئات والنقابات من تأسيس هيئات أو العضوية فيها.

الفرع الثالث

دور العقوبات في مكافحة جريمة الكسب غير المشروع

العقوبات المقررة لأي جريمة تكون لها اهداف من شأنها تحقيق الردع الخاص والردع العام، فالردع الخاص يتمثل بأن العقوبة يكون هدفها التأثير على سلوك الانسان داخل المجتمع لكي يستقيم مع الأوامر والنواحي فبذلك تتنظم حياة المجتمع، وتبتعد التصرفات الاجرامية التي تشكل خطراً على المجتمع، وأيضا العقوبة تقوم بإعادة تأهيل مرتكب الجريمة واصلاحه والحد من خطورته الاجرامية؛ لأنّ ما تعرض له من ايلام نفسي داخل السجن يجعله يقوم بالتفكير كثيراً قبل القدوم على ارتكابه جريمة مرة أخرى، أما بالنسبة للردع العام فيكون موجه إلى جميع أفراد المجتمع المحيطين به الذين تسول لهم نفوسهم بارتكاب جريمة فيقومون بالعدول عن ذلك وينتهجون سلوكا يبعدهم عن الاضرار بالغير وهذا ما تسعى اليه العقوبة فيكون الردع العام هو من اولويات العقوبة بسبب انه يشمل جمع كبير من الناس على العكس من الردع الخاص فيشمل مرتكب الجريمة ذاته[44].

بالنسبة لعقوبة جريمة الكسب غير المشروع المذكورة في المادة (2) من قانون هيئة النزاهة والكسب غير المشروع العراقي نرى بأنها لا تتناسب مع الجريمة المرتكبة فمخاطر جريمة الكسب غير المشروع تستهدف المال العام أي انها تستهدف المجتمع من الجانب الاقتصادي، لان التجاوز على المال العام يسبب

---

(42) د. علي حسين الخلف، د. سمطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985، ص407.
(43) المادة (8/ ثامنا) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل.
(44) د. ادوارد غالي الذهبي، مبادى علم العقاب، المكتبة الوطنية، بنغازي، ليبيا،1975م.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

حرمان المجتمع من الاستفادة من الخدمات، فالمال العام اذا حسن استخدامه جعل من المجتمع ان يعيش برفاهية.

الجانب الديني لا يمكن تجاهله فيكون رادع للذي يقدم على ارتكاب جريمة الكسب غير المشروع فهذا الجانب يكون له أثر في سلوك الإنسان ويمكن أن يبعده عن السلوك المنحرف، فالشريعة الإسلامية تمنع حدوث الجريمة بثلاث طرق الأولى هي تهذيب النفس، والثانية أن يكون هنالك رأي عام يكون فيه الخير بصورة واضحة وعلنية والشر مندثرا. والطريقة الثالثة فرض العقاب على مرتكب الجريمة حتى يكون هنالك رادع للجاني ومنع تكرار ارتكابها وبنفس الوقت يكون زجر للغير، فبعض الفقهاء عندما يذكرون العقوبات يقولون إنها موانع قبل ارتكاب الفعل، وزواجر بعده، أي بمعنى أن العلم بشرعية العقوبة يمنع ارتكاب الفعل، وعند ارتكابه يمنع العودة إليه[45] .

المطلب الثاني

الآثار الاجتماعية والاقتصادية

جريمة الكسب غير المشروع التي يرتكبها الموظف العام تنتج اثار اجتماعية واقتصادية سلبية على المجتمع والدولة بشكل عام فالكثير من القوانين تتحدث عن تلك الآثار، وأيضا هنالك الكثير من التقارير تتناول تأثير الفساد والكسب غير المشروع على التنمية الاقتصادية والاجتماعية وهذه التقارير تصدرها الكثير من المنظمات منها منظمة الشفافية الدولية، البنك الدولي لدية دراسات قانونية حول تأثير الفساد والكسب غير المشروع على النمو لاقتصادي، وبرنامج الأمم المتحدة الانمائي،

الفرع الأول

الآثار الاجتماعية

الآثار الاجتماعية التي تحصل نتيجة الكسب غير المشروع تكون عواقبها وخيمة حيث تسبب هذه الممارسات الفاسدة تأكل نسيج المجتمع وأضعاف المؤسسات الحكومية، وعدم المساواة بين أبناء المجتمع وزيادة الفجوة بين الطبقات الاجتماعية، وفقدان الثقة العامة من خلال تفشي الفساد والمحسوبية ، ويسبب خيبة أمل وسخرية المواطنين فتنخفض روح المواطنة والانتماء ، نتطرق لتلك الأمثلة بشيء مُختصر.

---

(45) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أ عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، طبعة منقحة ،نشر المكتبة القانونية، شارع المتنبي، بغداد، ص53.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أولاً: اضعاف المؤسسات الحكومية : فالكسب غير المشروع يضعف فاعلية مؤسسات الدولة فعندما تكون الرشوة هي السائدة داخل المؤسسة الحكومية فإنها تعرض تلك المؤسسة إلى فقدان قدرتها على العمل وعدم تحقيق هدفها المقصود وهو تحقيق المصلحة العامة.

ثانياً: عدم المساواة داخل المجتمع: يسبب الكسب غير المشروع عدم المساواة داخل المجتمع فيمكن الأشخاص الذين لديهم السلطة بالوصول إلى موارد الدولة لاستغلالها وترك بقية أشخاص المجتمع المهمشين بدون خدمات اساسية.

ثالثا: فقدان الثقة العامة: تعتبر الثقة العامة هي عنصر أساس في بناء المجتمع فالكسب غير المشروع يسبب تأكل تلك الثقة حيث يتولد تصور لدى أغلب المواطنين بأن من يقوم بدفع الرشاوى هو من تتحقق مصلحته ويُلبي احتياجه، فهنا المواطن فقد الثقة في قدرة المؤسسة على إدارة مصالحه فيقوم باللجوء إلى وسائل تكون خارجة عن الإطار القانوني لغرض تلبية احتياجه، ولفقدان الثقة عواقب وخيمة على الاستقرار الاجتماعي.

رابعا: خيبة أمل وسخرية المواطنين: إنّ انتشار الفساد والكسب غير المشروع يسبب سخرية وخيبة أمل بين المواطنين فعندما تصبح الرشاوى والممارسات الفاسدة مقبولة في المؤسسات العامة يفقد الأشخاص الأمل في وجود مجتمع عادل ويؤدي ذلك إلى شعور الناس بأن جهودهم في التغير والتطوير غير مجدية وفقدان المشاركات المدنية[46].

الفرع الثاني

الآثار الاقتصادية

جريمة الكسب غير المشروع هي قضية نطاقها واسع ويصيب مجتمعات العالم بصورة عامة، فتكون هنالك عواقب اقتصادية تؤدي الى التأثير على التنمية ويسبب اعاقة النمو الاقتصادي، وتشويه آليات السوق، ويضعف الثقة للمستثمرين وتراجع الاستثمار الاجنبي والمحلي، وتنحدر المساواة ويسبب أيضا إعاقة تقديم المساعدات الخارجية ويمكن ان نتطرق اليها بصورة مفصلة كالاتي:

أولاً: ضعف النمو الاقتصادي: الكسب غير المشروع يسبب ضعف النمو الاقتصادي فيقوم بتحول الموارد الانتاجية للاقتصاد الى مكاسب شخصية، مثال على ذلك عندما يقوم المسؤولين في الدولة (الموظفين العموميين او المكلفين بخدمة عامة) بطلب الرشاوى أو انخراطهم في ممارسات فاسدة فتتحول الأموال المخصصة لتطوير البنى التحتية والرعاية الصحية والتعليم وبقية الخدمات الأساسية إلى جيوب الفاسدين،

---

(46) صفاء جبار عبد البديري، مصدر سابق، ص115.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

فنلاحظ أن البلدان التي تكون فيها مستويات الفساد والكسب غير المشروع عالية تكون معدلات النمو الاقتصادية بطيئة مقارنة مع البلدان التي تكون فيها مستويات الفساد قليلة.

ثانيا: تشوه آليات السوق: كثرة الممارسات الفاسدة والرشاوى تسبب تعطيل المنافسة العادلة في السوق فيكون أنشاء عروض تقديمية غير متساوية حيث أن الشركات التي يكون عملها قائم على الممارسات الفاسدة تكتسب مزايا على بقية الشركات التي ترفض ممارسة الأنشطة الفاسدة فهذا ما يشوه في اليات السوق ويسبب خنق في الابتكار وإعاقة في تطوير القطاع الخاص.

ثالثا: أضعاف ثقة المستثمرين: جريمة الكسب غير المشروع تتسبب في تأكل الثقة للمستثمر من خلال عدم قدرته في التنبؤ في بيئة العمل، فأغلب المستثمرين يترددون في وضع رأس مالهم في البلدان التي يتفشى الفساد فيها بسبب المخاوف من الخسائر المالية المتوقعة وعدم الشفافية والمعاملة السيئة وغير العادلة.

رابعا: انعدام تقديم المساعدات الخارجية جريمة الكسب غير المشروع تسبب آثاراً ضارة في تقديم المساعدات الخارجية والتنموية حيث أن أغلب البلدان والمنظمات الدولية المانحة تقوم بمنع تقديم الدعم المالي للدول التي تكون فيها مستويات الفساد عالية بسبب المخاوف من اختلاس تلك الأموال، وبذلك تكون هذه الإعاقة في تقديم المساعدات الخارجية مؤثرا اقتصاديا على التنمية[47].

الخاتمة

بعد ان انتهينا بتوفيق من الله تعالى بحثنا هذا والذي تعرض الى الأثر المترتب لجريمة الكسب غير المشروع على الموظف العام وابتداءً من مفهوم الكسب غير المشروع ومروراً بالأساس القانوني، ومن ثم العقوبات التي تفرض على الموظف المرتكب لتلك الجريمة، والاثار السلبية التي خلفتها تلك الجريمة، فجميع ما تم ذكره حتم بأن تكون هنالك معالجات وخصوصا في الجهاز الإداري لما يشوبه من خلل واضح وانحراف مستمر حيث نتج موظفين يرغبون الثراء على حساب المال العام، وقد استخلصنا الاستنتاجات الآتية:

الاستنتاجات:

---

(47) د. علي حسين الخلف، د. سمطان عبد القادر الشاوي، مصدر سابق، ص408 وما بعدها.

1. إنَّ الكسب غير المشروع من الجرائم التي يكون أثرها على حساب المال العام، والصفة الخاصة بتلك الجريمة تتمحور أساساً في الوظيفة العامة، ومرتكبها في الغالب يكون موظفاً عاماً لدى الدولة ويتمتع بقدر كافٍ من السلطة حتى يستطيع استغلال المكاسب غير المشروعة.
2. الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية التي تم تناولها في البحث عاقبت مرتكب جريمة الكسب غير المشروع وألزمته بأعاده المال الذي يحصل عليه بالكسب غير مشروع، ومنها المشرع العراقي أيضا قام بتشريع قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011 من خلاله قام بمحاسبة الموظف الذي يرتكب جريمة الكسب غير المشروع.
3. إنَّ الدوافع التي تدفع الموظف إلى ارتكاب جريمة الكسب غير المشروع أما أن تكون دوافع اجتماعيه كضعف في الدين أو ضعف في الدور الأسري والتربوي، أو دوافع اقتصادية وتتمثل بانخفاض مستوى الدخل وارتفاع تكاليف المعيشة.
4. .تؤثر جريمة الكسب غير المشروع تأثيراً سلبياً حيث تسبب ضعف الأداء الإداري فأغلب الموظفين يكون همهم هو الحصول على المكاسب بغض النظر عن إنجاز المهام الموكلة اليهم، وتسبب أيضاً ضعف في الموارد الإنتاجية، وتحدث فساداً في السياسات الاقتصادية، وتؤدي الى زيادة في الانفاق العام للدولة.

المقترحات:

1. في المجال التشريعي نوصي بتعديل المادة (17) من قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011 لتكون كما هي الحال في قانون هيئة النزاهة اقليم كوردستان رقم 30 لسنة 2011 فيشمل جميع موظفي الدولة على الملاك الدائم بتقديم تقرير كشف الذمة المالية لموظف وأفراد عائلته، حيث أن بعض الموظفين من الذين لا يمتلكون مناصب ومن الدرجات الدنيا للسلم الوظيفي قد تضخمت أموالهم دون أن يتم التحقيق عن مصدر تلك الأموال.
2. في المجال الاقتصادي نوصي باتخاذ إجراءات علاجية تحد من الفساد الإداري؛ لأنه يسبب عقبه في تنفيذ سياسات الاصلاح الاقتصادية، فيجب تفعيل الرقابة المستمرة على الموظفين وتفعيل الإجراءات التأديبية حال حصول مخالفات إدارية وإنهاء المجاملات والمحاباة.
3. يتم إشعار الموظفين العموميين وتذكيرهم بالمسؤولية الملقاة على عاتقهم من خلال توجيهات تتطرق للمعايير والقيم الأخلاقية والمفاهيم الدينية التي تكرس فيهم الأمانة والإخلاص لعملهم.
4. يجب تحسين المستوى المعيشي للموظف من خلال رفع الرواتب المخصصة لهم حيث أن هنالك وظائف تكون رواتبها قليلة ومسؤولياتها جسيمة وتكون فيها وسائل الإغراء تجعل شاغليها يميلون إلى الانحراف الوظيفي وخصوصا الذين تكون لديهم علاقة مباشرة مع المواطنين.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المصادر و المراجع

اولاً: الكتب والبحوث

1. د. أسامة حسنين عبير، السياسة الجنائية في الكسب غير المشروع، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد91، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2018.
2. حسن جلوب كاظم، مشروع قانون الكسب غير المشروع دراسة تحليلية، بحث مقدم الى هيئة النزاهة، 2018.
3. د. حسين مذكور، الرشوة في الفقه الاسلامي مقارنة بالقانون، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 1984.
4. د. عبد السلام محمد سالم النملي، جريمة الكسب غير المشروع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011.
5. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
6. د. علي حسين الخلف، د. سلطان عبد القادر الشاوي، المبادئ العامة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
7. د. محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم العام، النظرية العامة للجريمة والنظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، ط5، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.
8. شعبان العجمي وزياد عبد الرزاق، دراسة تحليلية لقانون رقم 62 لسنة 1975 وذلك في ظل آراء الفقهاء وأحكام القضاء.
9. صفاء جبار عبد البديري، جريمة الكسب غير المشروع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة كربلاء، 2016.
10. عبد الرحمن الجوراني، جريمة اختلاس الأموال العامة في التشريع والقضاء العراقي، مكتبة جاحظ، بغداد.
11. المحامي محسن ناجي، الأحكام العامة في قانون العقوبات، شرح على متون النصوص، مطبعة العاني، بغداد، 1974.
12. د. عودة يوسف سلمان و م. م محمد ابراهيم خضير عباس ، نحو مواجهة قانونية فاعلة لجريمة الكسب غير المشروع في العراق ،مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ،العدد التاسع، المجلد الأول،سنة٢٠١٨.

ثانياً: التشريعات

1. دستور جمهورية العراق لعام 2005.
2. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937.
3. قانون العقوبات اللبناني حسب المرسوم الاشتراعي رقم 340 لسنة 1943.
4. قانون الخدمة المدنية رقم 24 لسنة 1960 المعدل.
5. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
6. قانون الكسب غير المشروع المصري رقم 62لسنة 1975
7. قانون انضباط موظفي الدولة رقم 14 لسنة 1991 المعدل.
8. قانون الاثراء غير المشروع اللبناني رقم 154 لسنة 1999.
9. قانون هيئة النزاهة لاقليم كوردستان رقم 3 لسنة 2011.
10. قانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011.
11. قانون رقم 30 لسنة 2019 المعدل لقانون هيئة النزاهة رقم 30 لسنة 2011.

ثالثاً: الاتفاقيات

1. الاتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد لعام 2003.
2. اتفاقية البلدان الامريكية لمكافحة الفساد لعام 1996.
3. الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد لعام 2010.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الإطَارُ التَّشْرِيعِيُّ لِجَرَائِمِ المُخَدِّرَات فِي العِرَاقِ – دِرَاسَة تَحْلِيلِيَّة-

The legislative framework for drug crimes in Iraq: an analytical study

م.م غدير محسن كاظم الزيادي*
جامعة المثنى/ كلية القانون

تاريخ الإرسال: 2025\10\26 تاريخ القبول: 2025\11\24 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

كانت ولا زالت المخدرات تعتبر من الآفات الخطيرة التي تهدد أمن المجتمعات وتؤثر على استقرارها لما لها من مخاطر كثيرة، تظهر بأشكال عدة تمثل صور مختلفة من الجرائم التي ترتبط بالمخدرات بأنواعها واصنافها المختلفة والمتجددة، وبسبب هذه المخاطر والتي ما فتأت تفتك بالأفراد وتعكر صفو حياتهم، أصبح من اللازم الوقوف بوجه هذه الظاهرة والحد من استفحالها من خلال تنظيم منظومة تشريعية رصينة تمثل الدرع المنيع ضد من تسول له نفسه ارتكاب أي، جريمة من جرائم المخدرات والتعامل بها خلافا لما منصوص عليه في القانون، ولذا ولذاك ظهرت في العراق (بوصفه إحدى الدول التي عانت ولا زالت من جرائم المخدرات) تشريعات خاصة لمكافحة المخدرات بعضها كان محددًا على جرائم بعينها واخرها أصبح شاملًا بالتجريم كل المخالفات التي ترتبط بالمخدرات متبعا في ذلك نهجًا جديدًا يتمثل بالإضافة إلى سياسة التجريم، السياسة الوقائية والعلاجية تماشيًا مع التطور الحاصل في التعامل مع مرتكبي جرائم المخدرات.

الكلمات المفتاحية : المخدرات, السياسة التشريعية, العراق, جرائم.

Abstract

Drugs have always been considered a serious scourge that threatens the security of societies and affects their stability due to their many dangers. They appear in several forms, representing different types of crimes related to drugs of various and evolving kinds. Because of these dangers, which continue to harm individuals and disrupt their lives, it has become necessary to confront this phenomenon and limit its spread by organizing a sound legislative system that represents an impenetrable shield against anyone who dares to commit any drug-related crime or deal with drugs in violation of the law. Therefore, in Iraq (as one of the countries that has suffered and continues to suffer from drug crimes), special legislation to combat drugs has emerged. Some of it was renewed for specific crimes, and the latest has become comprehensive in criminalizing all violations related to drugs, following a new approach that, in addition to the policy of criminalization, includes a preventive and therapeutic policy in line with the development in dealing with perpetrators of drug crimes.

Keywords: Drugs, Legislative Political, Iraq, Crimes.

* Email Ghadeer.alzaghir@mu.edu.iq

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

مقدمة

تُعد ظاهرة المخدرات من أخطر الظواهر التي ابتلي بها العالم المعاصر، إذ لم تقتصر آثارها على النواحي الصحية فحسب، بل تجاوزتها لتصيب نُظم المجتمع في عمقها، مهددةً استقراره وأمنه وقيمه, وبسبب هذه المخاطر أدركت الدول، ومن بينها العراق، حجم الخطر الذي تمثله هذه الجريمة، فسعت إلى مواجهتها عبر منظومة تشريعية متكاملة تهدف إلى الحد من انتشارها وتجفيف منابعها، ومعالجة آثارها المتفاقمة على الأفراد والمجتمع ,فقد مرّ التشريع العراقي بمراحل متعددة في سعيه لمكافحة جرائم المخدرات، متأثرًا بالتطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي شهدها البلد، حتى تبلورت في الوقت الحاضر سياسة تشريعية تجمع بين الردع بالعقوبة، والوقاية بالتوعية، والعلاج بإعادة التأهيل, ومن هنا، تأتي أهمية هذا البحث الذي يتناول بالدراسة والتحليل الإطار التشريعي المنظم لجرائم المخدرات في العراق، مستعرضًا النصوص القانونية ومفسرًا لها، بهدف الكشف عن مدى انسجامها مع متطلبات العدالة، وفاعليتها في تحقيق الردع والإصلاح، وصولًا إلى مقترحات تساهم في تطوير السياسة القانونية وتعزيز الأمن المجتمعي.

أهمية البحث : تنبع أهمية هذا البحث من الطبيعة الخطيرة لجرائم المخدرات وتأثيرها المباشر في الأمن الاجتماعي والصحي والاقتصادي، ومن الحاجة إلى دراسة علمية معمّقة للإطار التشريعي العراقي المنظم لهذه الجرائم. كما تتجلى الأهمية في تحليل السياسة التشريعية المتبعة للكشف عن مدى كفايتها في مواجهة الظاهرة، فضلاً عن تقديم رؤية قانونية نقدية تساعد المشرّع والباحثين في تطوير المنظومة القانونية، وتعزيز فعالية الدولة في مكافحة المخدرات على المستويين التشريعي والتطبيقي.

إشكالية البحث : تتمثل إشكالية هذا البحث في التساؤل المطروح حول مدى نجاح الإطار التشريعي العراقي في مكافحة جرائم المخدرات والحد من انتشارها، وما مدى فاعلية السياسة التشريعية في تحقيق التوازن بين العقوبة والإصلاح؟ وتنبثق من هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات التي تطرح في هذا السياق، تتمثل في معرفة الأسس القانونية التي يقوم عليها تنظيم جرائم المخدرات في التشريعات العراقية؟ وهل تكفي النصوص العقابية وحدها لمواجهة هذه الظاهرة، أم أن الأمر يتطلب سياسات وقائية وعلاجية موازية؟

هدف البحث : يهدف هذا البحث إلى تحليل الإطار التشريعي الناظم لجرائم المخدرات في العراق، وبيان مدى فاعليته في الحد من الظاهرة، من خلال دراسة النصوص القانونية ذات الصلة وتقييم السياسة التشريعية التي اعتمدها المشرّع في مكافحتها, كما يسعى إلى الكشف عن مواطن القوة والقصور في هذه التشريعات،

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

واقتراح حلول وتوصيات تسهم في تطوير السياسة القانونية العراقية، بما يحقق التوازن بين الردع العقابي والإصلاح الاجتماعي.

منهجية البحث : سيتم تبني المنهج الوصفي لوصف المخدرات وبيان مفهومها وجرائمها, وانتهاج المنهج التحليلي لتحليل واستعراض نصوص قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي النافذ وتحليل السياسة التشريعية المتبعة فيه .

المبحث الأول
مفهوم جرائم المخدرات

تعد جرائم المخدرات من الآفات الخطيرة التي تدخل في المجتمع وتؤثر على استقراره وقيمه وأمنه لما لها من آثار جمة على الجانب الاجتماعي الأمني والصحي والاقتصادي للشخص والمجتمع، ولخطورة هذه الظاهرة وتفاقم انتشارها في المجتمعات في الآونة الأخيرة وتعدد وسائل انتشارها والتعامل بها وأثارها الكبيرة، عملت التشريعات على تجريم كل من يتعامل مع المخدرات بشكل غير قانوني وشددت العقوبات عليها في حالات محددة، لذلك ولبيان مدى خطورة المخدرات وأثرها وأنواعها وكل ما يتعلق بها، سيتم في البدء توضيح تعريفها وبيان أنواعها, فضلًا عن توضيح صور الجرائم المرتبطة بها وما هي التعاملات التي يعدها القانون جرائم معاقب عليها، وسيتم بيان ذلك في ثلاث مطالب وعلى النحو الآتي, المطلب الأول يتضمن تعريف المخدرات وأنواعها، والمطلب الثاني سيخصص لبيان جرائم المخدرات في صورة جنايات وجنح، ومن ثم سيتم بيان الانعكاسات المترتبة على جرائم المخدرات وعلى النحو التالي:

المطلب الأول
مفهوم المخدرات وأنواعها

تعددت التعاريف التي وضحت معنى المخدرات ومفهومها وتنوعت تبعًا لتطور مفهومها وتعدد الآراء فيها لذلك سنقوم في الفرع الأول من هذا المطلب بتوضيح هذه التعاريف, ونوضح أنواعها في الفرع الثاني وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول
تعريف المخدرات

للإلمام بمفهوم المخدرات سيتم بيان تعريفها من ثلاث جوانب، حيث نعرفها من الجانب اللغوي واصطلاحًا، بالإضافة إلى بيان التعريف العلمي والقانوني لها وعلى النحو الآتي:

أولًا - التعريف اللغوي : يأتي مصطلح المخدرات لغويًا من "كلمة (خدر) التي تعني ستر يمد للجارية في ناحية البيت، وأما المخدر والخدر فهو الظلمة، والخدرة تعني الظلمة الشديدة والخادر يعني الكسلان، بينما

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الخدر من الشارب والدوار فتعني فتور يعتري الشارب وضعف"[1]، ويأتي تعريف المخدرات من الفعل (خدر) يقال خدرت يده أصابها تشنج ولم تعد قادرة على الحركة، ضعفت فترت، خدر الطبيب المريض أعطاه مادة مخدرة لتعطيل إحساسه أي تخدر المريض لتعطيل إحساسه مؤقتًا "[2].

ثانيا - التعريف الاصطلاحي : إما اصطلاحًا فتعرف المخدرات من الناحية العلمية بأنها" مادة كيميائية تسبب النعاس والنوم أو غياب الوعي المصحوب بتسكين الألم"[3], وتعرف أيضًا بأنها "مجموعة من العقاقير المؤثرة على النشاط الذهني للحالة النفسية لمتعاطيها أما بتنشيط الجهاز العصبي المركزي أو بإبطاله أو بإبطال نشاطه وهي تسبب الهلوسة والتخيلات، وتسبب هذه العقاقير الإدمان وينجم عن تعاطيها مشاكل صحية واجتماعية "[4]، وقد عرفها الأطباء بأنها "أي مادة كانت طبيعية أو مصطنعة تؤدي إلى تغيير في المزاج أو نشاط الذهن والتفكير "[5]، وتعرف طبيًا أيضًا بأنها" كل مادة سواء كانت نباتية أو اصطناعية كيميائية أو مادة مركبة صيدلانيًا بحيث تؤدي بمتعاطيها إلى عدم القدرة أو الرغبة في ترك تناولها وتجعله مدمنًا لا اراديًا عليها وتصاحب تناولها تأثيرات عقلية تؤدي إلى حدوث ارتباط عضوي ونفسي وأن امتناعه عن تناولها يسبب نوع من عدم التوازن والإرهاق للجهاز العصبي "[6]، أما مفهوم المخدرات حسب منظمة الصحة العالمية للمواد المخدرة فقد عرفتها لجنة الخبراء عام 1969 بأنها" كل مادة تدخل جسم الكائن الحي وتعمل على تعطيل واحدة أو أكثر من وظائفه" [7] .

ثالثًا - التعريف القانوني : عُرفت المخدرات من الناحية القانونية بأنها "مجموعة المواد التي تسبب الإدمان على تناولها من قبل المتعاطي وتؤدي إلى أحداث تأثيرات غير متوازنة للمتعاطي بحيث تؤدي إلى صدور أفعال وتصرفات تؤذي النفس البشرية سواء على مستوى المتعاطي أو المدمن أو انعكاس السلوكيات الضارة على الآخرين بحيث يؤدي إلى أضراره بالمجتمع والأفراد وهي مواد محظور تصنيعها أو زراعتها أو تركيبها صيدلانيًا ومن دون تراخيص قانونية"[8]، وتعرف أيضًا من الناحية القانونية بأنها " كل مادة يترتب على تناولها انهاك للجسم وتأثير على العقل حتى تكاد تُذهب به وتكون عادة الإدمان التي تجرمها القوانين

---

[1] . ابن منظور, لسان العرب, دار المعارف, الجزء 2 , 1994 , ص 796 .

[2] - تعريف ومعنى مخدرات في مصطلح المعاني الجامع , https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%85%D8%AE%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%AA/ , تاريخ الزيارة (13 \ 8 \ 2025).

3 - عيشاوي محمد شمس الدين, منصوري الوردي, جرائم المخدرات, مذكرة ماجستير, معهد الحقوق والعلوم السياسية, جامعة قاصدي مرباح ورقلة, 2020 – 2021 , [3].

[4] - قراوي بختة, جريمة المخدرات, مذكرة ماجستير, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبن باديس, 2016 – 2017 , ص 9 .

[5] - تهمار مريم, المخدرات وتأثيرها على الجانب النفسي للمتعاطي, مجلة حمورابي, العدد (43) السنة الحادية عشرة, 2022, ص 20 .

[6] - ئاسو صالح سعيد, سمير عبد الجبار عبد المجيد, المخدات الموت الزاحف, كتيب صادر عن اللجنة الفرعية لمكافحة المخدرات في قسم الدراسات والتخطيط, وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, 2005, ص 4 .

[7] - المصدر نفسه, ص 4 .

[8] - ئاسو صالح سعيد, سمير عبد الجبار عبد المجيد, مصدر سابق, ص 4 .

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الوضعية وأشهر أنواعها الحشيش والافيون والكوكايين والقات"[9]، أما على مستوى القوانين فقد عرف نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في المملكة العربية السعودية لعام 2005 المواد المخدرة في المادة الأولى منه بأنها" كل مادة طبيعية أو مركبة أو مصنعة من المواد المخدرة المدرجة في الجدول واحد والمرافق لهذا النظام"[10], وعلى ذات النهج سار المشرع العراقي في تعريف المخدرات فقد عرفها قانون المخدرات ومؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017 بأنها" كل مادة طبيعية أو تركيبية من المواد المدرجة في الجدول الثاني والثالث والرابع الملحق في هذا القانون وهي قوائم المواد المخدرة التي اعتمدتها الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنه 1961"[11]. ويمكن تعريف المخدرات بأنها : مواد كيميائية أو طبيعية تحدث تأثيرًا مباشرًا في الجهاز العصبي للإنسان، فتغير من حالته العقلية أو السلوكية، وتؤدي إلى الاعتماد الجسدي أو النفسي عند تعاطيها خارج الإطار الطبي المشروع.

الفرع الثاني
أنواع المخدرات

تقسم المخدرات إلى أنواع كثيرة تختلف من حيث طريقة تصنيفها، لكن التقسيم الشائع لها يقوم على تصنيفها حسب طبيعتها وهو ما أخذت به أغلب قوانين المخدرات وأخذ به قانون المخدرات المؤثرات العقلية العراقي، حيث قسم المخدرات إلى ثلاثة أنواع أو أصناف تمثلت في المخدرات الطبيعية والمخدرات المركبة والمصنعة، وتعود طبيعة هذا التقسيم إلى تكوين المخدرات والمواد الداخلة في صناعتها وكما سيتم توضيحه وفق الآتي :

أولًا - المخدرات الطبيعية : تعرف المخدرات الطبيعية بأنها المخدرات التي تنتج من نباتات طبيعية مباشرة مثل الافيون المستخرج من نبات الخشخاش والكوكايين المستخرج من شجيرة الكوكا أو غيرها من الأنواع الأخرى المشتق مباشرة من النباتات"[12], وبناء على التعريف أعلاه يتضح أن المخدرات تصنف كونها طبيعية في حال عدم تعرضها لأي عمليات كيميائية أو عدم تدخل الإنسان في تصنيعها، أي تستخدم كما هي، وقد تحتاج إلى تدخل بسيط مثل تجفيفها أو طحنها أو غليها، وسنقوم بإيضاح أنواع المخدرات الطبيعية والتي تتوزع على ستة أنواع رئيسية تتمثل في :

١– الافيون : يعرف الافيون بأنه "مادة تستخرج من نباتات الخشخاش وهو نبات عشبي حولي يحمل أزهار بنفسجية أو بيضاء تكون ثمرته على شكل كبسولة مستديرة تعرف باسم (أبو النوم) وهي التي

---

[9] - جبيري ياسين, المخدرات والمجتمع – دراسة قانونية فقيهة نفسية اجتماعية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2020, ص 15 .

[10] - ينظر نص المادة الأولى من نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في المملكة العربية السعودية لسنة 2005 .

[11] - ينظر نص المادة الأولى من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم (50) لسنة 2017.

[12] - محمد فتحي عبد, تعاطي المخدرات والإدمان عليها – الماهية – الخلفية – التطور, ندوة علمية بعنوان المخدرات والأمن الاجتماعي, مركز الدراسات والبحوث, جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية, السويس, 2009, ص 12 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

تستخرج منها مادة الافيون، وذلك من خلال كشطها حيث يخرج منها سائل أبيض سرعان ما يتحول إلى اللون البني عند تعرضه للهواء ويترك حتى يصبح صلبًا ومتماسكًا"[13]، ويعد الافيون من أخطر أنواع المخدرات بسبب الآثار الكبيرة والخطيرة التي تصيب متعاطيها، حيث يؤثر الافيون على خلايا المخ في حال الاستمرار على تعاطيه وينتج عنه اضطرابات عقلية، بالإضافة إلى تسببه في ضمور كامل لعضلات الجسم، فضلًا عن ضعف الذاكرة واتلاف الكليتين والكبد[14].

٢ - الحشيش : وهو نبات بري ويطلق عليه لفظ القنب في الهند ويتراوح طوله ما بين متر إلى ثلاثة امتار وله زهرة خضراء تستمر بالتكاثر طوال العام ويميل لونها إلى البياض وهي لزجة ولها رائحة خاصة ويستخرج نبات الحشيش من أعلى هذه الزهرة وتكون على شكل مادة دهنية سمراء مائلة إلى الخضرة، ويتم استخدام الحشيش بعدة طرق كالتدخين أو الخلط مع الافيون أو مع التبغ أو يكون تناوله على شكل تراب منقوع في الماء، ويعد الحشيش من المخدرات الخطيرة والأقدم من حيث الاستخدام بسبب مخاطره الكبيرة على الجهاز العصبي للشخص المتعاطي، إذ يؤدي إلى حدوث فتور في الجهاز العصبي، حيث يبدأ مفعوله بعد فترة تتراوح بين 15 إلى 60 دقيقة، ويؤدي تعاطيه إلى التأثير على الهرمونات بشكل كبير سواء كان المتعاطي ذكر أو أنثى[15].

٣ - الكوكا : وهي عبارة عن "شجيرة صغيرة تحتوي في تكوينها على مواد مخدرة يتم استخدامها عبر مضغها, وقد كان الاستخدام الأول لها كمصدر مهدئ أو منبه أو مخدر منذ أمد بعيد في عدة مناطق حول العالم، ولها آثار عديدة منها عدم القدرة على التمييز وضعف الإدراك للشخص المتعاطي، فضلًا عن تسببها في سوء التغذية كونها تستخدم كمنشط ومقلل للشهية، فضلًا عن آثارها على المتعاطي من حيث جعله انطوائيًا ومنغلق على نفسه"[16]، استخدمت الكوكا كمادة مخدرة لها تأثير كبير على الإنسان حيث توهم الشخص المتعاطي بقوة عضلية كبيرة وحدة ذهنية تجعل المتعاطي يبالغ في تصور قدراته الحقيقية؛ وتؤدي أحيانًا إلى حدوث اختلال في السمع والبصر والهلوسة لدى الشخص المتعاطي، ويتم أخذها وحدها كمادة مخدرة أو خلطها مع مواد أخرى[17].

٤ - القات : "وهو عبارة عن ورقة أو فرع من شجرة صغيرة دائمة الخضرة ذات رائحة عطرية مميزة تنمو على المرتفعات, وتحتوي أوراق القات الطازج على القلويات وهي المواد الفعالة والتي يعزى إليها

---

13 - أيمان بلحمزة, مفهوم المخدرات تصنيفها وأهم أنواعها, مجلة القبس للدراسات النفسية والاجتماعية, المجلد (5), العدد (17), 2023, ص 34 .

14 - أيمان بلحمزة, مفهوم المخدرات تصنيفها وأهم أنواعها, مصدر سابق, ص 34 .

15 - محمد عبد الناصر كامل عياش, حجية الاعتراف وأثر بطلانه في أثبات المخدرات – دراسة مقارن مع الشريعة الإسلامية, رسالة ماجستير, كلية الشريعة والقانون, الجامعة الإسلامية بغزة, 2018, ص 10 – 11.

16 -أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات, الجزء الأول, المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض, الرياض, 1991, ص 26 – 29 .

17 - أساليب وإجراءات مكافحة المخدرات, مصدر سابق, ص 31 – 34 .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

تأثير المنبه، ويؤدي تعاطيها إلى الشعور بالنشوة واليقظة العضلية والثرثرة ويستفعل هذا الأثر ليؤدي إلى عدم القدرة على التركيز والإدراك"[18], ويختلف مدى تأثير القات على المتعاطي إلى آخر بحسب الكمية التي يتم تعاطيها ويكثر استخدام القات وتناوله كمنبه ومهدئ في اليمن حيث لا يعدو منزل أن يخلو منه، وتختلف طريقه تعاطيه من شخص إلى أخر وله مخاطر كثيرة, بالإضافة إلى ما سبق ذكره فقد يؤدي إلى ارتفاع ضغط الدم وازدياد ضربات القلب وفقدان الشهية وضعف الذاكرة والخمول وغيرها من الآثار السلبية[19].

ثانيًا - المخدرات المركبة : وهي على عكس المخدرات الطبيعية لا تستخدم مباشرة ولا تكون طبيعية وإنما يتم استخدامها وتعاطيها بعد إجراء تعديلات أو تغيرات كيميائية عليها، أي إنها ناتجة عن خلط مادتين أو أكثر من المخدرات الطبيعية أو تكون مشتقة عن نوع معين منها، وهي على عدة أنواع تتمثل في :

١ - المورفين : يعد المورفين من أحدى مشتقات الافيون حيث تستخرج منه بعد إجراء التعديل الكيميائي عليه وتبلغ نسبته في مادة الافيون حوالي 10% وهو عبارة عن "مسحوق ناعم الملمس لونه أبيض أو أصفر أو بني، وله رائحة حمضية ويستخدم عن طريق الحقن أو التدخين أو البلع ويوجد على ثلاثة أشكال بلورات بيضاء وحبوب وسائل يحقن"[20]، وللمورفين استخدامات عدة منها الطبية حيث يستخدم طبيًا كمسكن للآلام وأيضًا كمخدر في العمليات الجراحية، أما الاستخدام الآخر له وهو الخطر حيث يستخدم كمادة مخدرة أو منبهة ويتم تعاطيه بالحقن أو الخلط مع الشاي أو القهوة أو يتم تدخينه، ويسبب تعاطيه عدة آثار منها ضيق التنفس والشعور بالنشوة وعند عدم أخذه من قبل المتعاطي لمدة معينة يصاب المدمن بهياج عصبي شديد نتيجة لاعتياد الجسم عليه وتعلقه به [21].

٢ - الهيروين : يعد الهيروين من أخطر وأشد أنواع المخدرات تأثيرًا حيث يتم اشتقاقه من مادة المورفين وتكون فاعليته أقوى وأشد بعشرة أضعاف فاعلية وقوة المورفين، وهو عبارة عن "مسحوق أبيض عديم الرائحة ناعم الملمس مر المذاق وقابل للذوبان في الماء وجاءت تسميته من الكلمة الألمانية (Heroisch)

---

18 - - أيمان بلحمزة, مفهوم المخدرات تصنيفها وأهم أنواعها, مصدر سابق, ص 35 .

19 - عبد الباقي عجيلان, مخاطر المخدرات, كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية, جامعة محمد لمين دباغين سطيف, مجموعة محاضرات في مقياس مخاطر المخدرات ملقاة على طلبة المرحلة الثالثة في تخصص التاريخ, 2017 – 2018, ص 33 .

20 - سعد الدين مسعد هلالي, التأصيل الشرعي للمخدرات – دراسة فقهية مقارنة, المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية, الكويت, 2001, 40 – 41 .

21 - قراوي بختة, جريمة المخدرات, مصدر سابق, ص 15 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

ومعناها الدواء القوي التأثير"[22]، ويعد الهيروين من أكثر أنواع المخدرات فتكًا بالصحة حيث يؤدي إلى الوفاة في حال تناول جرعات زائدة منه أما تأثيره النفسي على المتعاطي فيتلخص في شعور المتعاطي بالسعادة والاسترخاء بعد 20 ثانية من تناوله ويمتد تأثيره ليصل إلى خمس ساعات ويصل ذروته في الساعة الثانية بعد تعاطيه من حيث تأثيره على إدراك وشعور المتعاطي حيث يؤدي تعاطيه إلى الشعور بالنشوة وانخفاض القلق، بالإضافة إلى الآثار النفسية توجد آثار جسدية جمة تصيب المتعاطي، حيث يصاب بالغثيان وجفاف الفم وانخفاض معدل ضربات القلب وانخفاض معدل التنفس، فضلًا عن تسببه في خمول وكسل المتعاطي[23].

٣ ـ الكوكايين : وهو مشتق من نبات الكوكا الذي سبق الإشارة اليه وهو عبارة عن "منشط قوي يؤثر على الجهاز العصبي للإنسان ويكون بعد استخراجه على شكل مسحوق بلوري أبيض وهو عقار خطير يسبب تأثيرات ضارة ووبيلة على المتعاطي سواء على المدى البعيد أو القريب"[24]، ومن أبرز مخاطره أو الأثار المترتبة على تعاطيه هي الهلوسة والسلوك العدواني، بالإضافة إلى فقدان حاسة الشم في حال الاستمرار على التعاطي لمدة طويلة، فضلًا عن انخفاض معدل تدفق الدم[25].

ثالثًا ـ المخدرات المصنعة أو التخليقية : وتعرف بأنها "مواد يتم تخليقها وصنعها ابتداء من داخل المعامل الكيميائية وتكون غالبًا على شكل أقراص ويطلق عليها مسميات العقاقير المهلوسة أو المنومة أو المنشطة"[26]، وتصنف هذه المخدرات إلى عدة أصناف واقسام وسنذكر الأنواع والاصناف الشائعة منها وتكون على ثلاث أشكال :

١ ـ المهلوسات :" يستخدم مصطلح المهلوسات للإشارة إلى مجموعة من المواد النفسية التي تثير عند من يتناولها بعض الهلوسات دون أن يصاحبها هذيان أو تنبيه كتأثير بارز، وتضم عدد من المواد النفسية ذات التراكيب الكيميائية المختلفة منها العقار المعروف باسم C. S. D والمسكالين والاترتبين والسكوبولامين والقنب وغيرها"[27]، تظهر عندما تعاطي هذه العقاقير العديد من الأعراض الجانبية منها التعرق وزيادة ضربات القلب أو الخفقان وارتفاع في ضغط الدم، بالإضافة إلى إمكانية تسببها باضطراب عقلي أو نفسي

---

22 - Heroin | Definition, Effects, Abuse, & Facts | Britannica https://share.google/4w4QUe0FUthQ00rPT , Date of visit (15/8/2025) .

23 ـ إعادة تأهيل مدمني المخدرات والكحول في ماساتشوستس ـ سبرينغ هيل للتعافي https://springhillrecovery.com/ , تاريخ الزيارة (16 \ 8 \ 2025) .

24 ـ أيمان بلحمزة, جرائم المخدرات تصنيفها وأهم أنواعها, مصدر سابق, ص 35 .

25 ـ المصدر نفسه, ص 35 .

26 ـ راسم مسير جاسم الشمري, خطر المواد المخدرة ومكافحتها من خلال بتفعيل التشريع والقضاء, مجلة المنصور, العدد 20 , عدد خاص بالمؤتمر رقم (12), 2013, ص 12 .

27 ـ مصطفى يوسف, المخدرات والمجتمع نضرة تكاملية, المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب, الكويت, 1996, ص 43 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

نتيجة الوهم الذي يعيشه المتعاطي لأنها تسبب الإدمان النفسي لشدة تأثيرها عليه وتركزها فيه دون الإدمان العضوي[28].

٢ - المنومات : "وهي عبارة عن عقاقير تؤخذ بكميات صغيرة للعمل كمهدئ من خلال وصفات طبية للأشخاص الذين يعانون من الأرق وعدم القدرة على النوم" وتنقسم هذه العقاقير المنومة أو المهدئة إلى منومات باربيتورية ومنومات غير باربيتورية على أساس وجود أو عدم وجود حمض الباربوتيك في تركيبة هذه العقاقير، ومن الآثار المترتبة على الإدمان على هذه العقاقير أو زيادة الجرعة فيها هي ضعف القدرة على التركيز والاشتباه وضعف المهارات الحركية وضعف البصر وعدم القدرة على الإدراك أو التمييز، بالإضافة إلى ذلك تهبط المنومات وظائف مراكز التنفس لدى المتعاطي، فضلًا عن خفض ضغط الدم وقلة ضخ الدم إلى القلب[29].

٣ - المذيبات : وهي عبارة عن "منتجات كيميائية متطايرة أو غازية تهيج الجهاز العصبي عند استنشاقها وتسكره"، وهي من المواد أو المنتجات المتوفرة على نطاق واسع نظرًا لكثرة استعمالها، مثل (مواد التنظيف، والمواد الصمغية، وقود، مضاد التجمد، مواد مزيلة للبقع، مواد مذيبة للطلاء، مساحيق التجميل وطلاء الأظافر...) تتسم هذه المنتجات بسرعة سميتها وأثرها الكبير على الجهاز العصبي للمتعاطي، بالإضافة إلى آثارها على القلب والرئة وتزداد نسبة الإقبال عليها لدى المراهقين بسبب قلة ثمنها وسهولة الوصول إليها ولكثرة توافرها[30].

المطلب الثاني
صور جرائم المخدرات

تتعدد الجرائم المقترنة بالمخدرات لتكون في عدة صور تمثل كل صورة منها جريمة بحد ذاتها يمكن أن تكون مستقلة ويمكن أن تكون مرتبطة بجرائم أو صور أخرى من المخدرات أو قد تكون مكملة لها؛ وللمخدرات جرائم تظهر في أشكال عدة وتعاملات لتكون جرائم معاقب عليها ليس لذاتها فقط بل لاقترانها بالمخدرات، ولبيان هذه الجرائم سنقوم بتصنيف المخدرات إلى نوعين ونبين الجرائم التي تقترن بكل نوع منها في فرعين وعلى النحو الآتي :

---

[28] - موفق حماد عبد, جرائم المخدرات – دراسة فقهية قضائية مقارنة, مكتبة السنهوري, الطبعة الأولى, 2013, ص 30 – 31 .

[29] - سعد الدين مسعد هلالي, التأصيل الشرعي للمخدرات والخمر – دراسة فقهية مقارنة, مصدر سابق, ص 47 – 48 .

[30] - أيمان بلحمزة, مفهوم المخدرات تصنيفها وأهم أنواعها, مصدر سابق, ص 37 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

جنايات المخدرات

تندرج تحت طائلة الجنايات المرتبطة بالمخدرات أفعال خطيرة يعد ارتكابها أمرًا مجرم قانونًا ومعاقب عليه بعقوبات شديدة، فتصنيف الفعل بأنه جناية يدل على خطورة وقعه سواء على الفرد أو على المجتمع ولهذه الأهمية سنقوم بتقسيم صور جرائم المخدرات وتصنيفها إلى جنايات وجنح المخدرات وحسب طبيعة الفعل المجرم المرتكب، فتعد جنايات المخدرات من أخطر صور الجريمة المنظمة التي تهدد الأمن الصحي والاجتماعي والاقتصادي للدولة لما تتسم به من جسامة الفعل المجرم وشدة العقوبة المقررة له، حيث أن الجنايات لا تقف عند حد التعاطي أو الحيازة البسيطة للمواد المخدرة بل تتجاوز ذلك لتشمل الجرائم والأفعال الكبرى التي تتمثل في ترويج المواد المخدرة والإتجار بها وزراعتها وتصنيعها وتهريبها فضلًا عن حيازتها، وسنقوم ببيان هذه الأفعال وماهيتها في عدة فقرات وكما يلي:

أولًا - زراعة المواد المخدرة : تعد زراعة النباتات المخدرة من الجنايات الخطيرة والمعاقب عليها بأشد العقوبات نظرًا لخطورة هذه الجريمة والآثار المترتبة عليها فقيام الشخص بزراعة المادة المخدرة وانتاجها يعد فعل متعمد وإرادة واضحة لزراعة المخدرات وتعاطيها أو المتاجرة بها خصوصًا اذا كانت الزراعة في المنزل أو غير مصرح بها لأسباب علاجية أو دون أخذ موافقة من الجهات المختصة، والزراعة تشمل أنواع مختلفة من النباتات المخدرة مثل زراعة الحشيش أو القات أو الافيون, ونظرًا لتجريم زراعة المواد المخدرة بقصد الإتجار بها أو تعاطيها فقد عاقبت عليها بعض القوانين بعقوبات شديدة جدًا تصل إلى الإعدام حيث نص المشرع المصري في المادة 33 من قانون مكافحة المخدرات على" يعاقب بالإعدام وبغرامة لا تقل عن مائة الف جنيه ولا تتجاوز 500,000 جنيه كل من زرع نباتًا من النباتات الواردة في الجدول رقم خمسة أو صدره أو جلبه أو حازه أو أحرزه أو اشتراه أو باعه أو سلمه أو نقله أيًا كان طور نموه وكذلك بذوره وكان ذلك بقصد الإتجار أو اتجر فيه بأي صورة وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانونا"[31] .

ثانيا - جريمة الحيازة والأحراز : تعد جريمة حيازة المواد المخدرة أو أحرازها من الجنايات الخطيرة ذات الطابع المستمر التي تتسم باستمرار حيازتها بقصد الإتجار أو التعاطي، وتعد من الجرائم العمدية الواضحة فالجاني يحوز المادة المخدرة وهو يعلم بأنها مخالفة للقانون ويعلم كونها مادة مخدرة، ولا يقف حد الحيازة أو الاحراز على النباتات المخدرة فقط بل يمتد ليشمل حيازة المواد المخدرة والمؤثرات العقلية وأيضًا ما

---

[31] - فقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية أن " .... زراعة النباتات المخدرة يعد جريمة تامة بمجرد اتيان فعل الزراعة أيًا كانت النتيجة المترتبة على ذلك وسواء تحقق للجاني حصاد محصوله من النبات المخدر أم لا, فزراعة تلك النباتات مؤثمة في أي طور من أطوار نموها ومن ثم فلا محل للبحث في مدى احتواء المخدر على مادته الفعالة " للمزيد ينظر محمود رجب فتح الله, الوسيط في جرائم المخدرات وفقًا لأحدث أحكام محكمة النقض علمًا وعملًا, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2021, ص 216 وما بعدها .

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يعرف بالسلائف الكيميائية ويمكن تعريف هذه الجريمة بأنها "كل نشاط مادي إيجابي يقوم به الجاني يتضمن وضع اليد على المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف الكيميائية على سبيل التملك أو حيازة المادة بقصد الإتجار بها"، إي إن عقوبة جريمة الحيازة أو الاحراز تختلف في حال كان قصد الجاني الإتجار بالمواد المخدرة أو المؤثرات العقلية فتكون أشد في هذه الحالة عن الحيازة والاحراز بقصد الاستعمال الشخصي[32], وفعل الحيازة يقصد به بأنه "الاحراز والسيطرة المادية والعقلية على الشيء"[33]، والحيازة في جرائم المخدرات شأنها شأن الحيازة في القانون المدني إذ تقوم على ذات العنصرين والمتمثل بالاستيلاء المادي على المادة المخدرة أو المواد العقلية المؤثرة والظهور بمظهر المالك وسلطته الكاملة في التصرف بالمادة المخدرة بأي شكل من أشكال التصرف[34].

ثالثا - الإتجار غير المشروع بالمواد المخدرة والمؤثرات العقلية : يقصد بالإتجار غير المشروع بأنه "كل التصرفات والأنشطة غير المشروعة التي ترتبط بالمواد المخدرة والمؤثرة مثل استيرادها أو تصديرها أو نقلها أو توزيعها أو بيعها أو شرائها أو حتى تهريبها بقصد الحصول على الربح وخلاف لما هو منصوص عليه في القانون"، فالإتجار غير المشروع هو نقيض الإتجار المشروع بسبب عدم توفر القصد الجرمي للاستعمال أو تحقيق الربح، اي أن الإتجار المشروع يكون مخالف للقانون والإجراءات القانونية لأسباب طبية وبكميات قانونية ووصفات طبية من قبل أشخاص مخولين وتحت إشراف الجهات المختصة[35]. يتجسد الركن المادي لجريمة الإتجار بالمخدرات في نقلها من مكان إلى أخر سواء داخل الدولة أو من دولة إلى أخرى، حيث يترتب عليها اثرًا يتمثل في وصول المواد المخدرة إلى الأشخاص الطالبين لها أو المستفيدين منها، وتتعدد وسائل النقل في جريمة الإتجار بالمخدرات فقد تكون برًا أو جوًا أو حتى في الطريق البحري، ويشدد القانون العقاب على جريمة الإتجار غير المشروع بسبب قيام الشخص الحائز للمادة المخدرة بالتصرف بها والظهور بمظهر الوسيط بين المنتج للمواد المخدرة والمستهلك لها، وقد يكون هو المنتج ذاته وتعد جريمة الإتجار غير المشروع بالمخدرات من الجرائم الخطيرة ذات العقوبة المشددة بسبب خطورتها على الفرد والمجتمع وتنطوي تحت جريمة الإتجار بالمخدرات كل الجرائم أو الجنايات السابقة المتعلقة المخدرات بدءًا بإنتاجها وحيازتها والبيع والشراء والاستلام والتسليم والاستيراد والتصدير بقصد المتاجرة وتحقيق الربح خلافًا للقانون.[36]

---

32 - منى عبد العالي موسى الراشدي, جريمة حيازة المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف الكيميائية بقصد الإتجار – دراسة مقارنة, مجلة رسالة الحقوق, السنة الرابعة عشر, العدد الثاني, 2022, ص 250 .

33 - حسن علي الذنون, الحقوق العينية الأصلية, شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة, بغداد, 1954, ص164.

34 - موفق حماد عبد, جرائم المخدرات – دراسة فقهية قضائية مقارنة, مصدر سابق, ص 129 .

35 - الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية وغسل الأموال, تقرير عن الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية وغسل الأموال, مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال افريقيا, المنامة, 2011, ص 11 .

36 - فارس أحمد الدليمي, الإتجار غير المشروع في القواعد القانونية الدولية, مجلة الجامعة العراقية, العدد 57, الجزء الأول, 2022, 605 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

رابعًا - جريمة تهريب المخدرات : تعد جريمة تهريب المخدرات إحدى الجنايات المرتبطة بالمخدرات فهي جريمة مستقلة وقائمة بذاتها بغض النظر عن توفر أي فعل من الأفعال الأخرى المرتبطة بالمخدرات مثل الانتاج أو الشراء أو البيع وغيرها ويعرف فعل التهريب الذي يكون دوليًا اي يتم بين دولتين أو أكثر بأنه "عملية غير مشروعة يلجأ اليها القائمون بها لنقل أو إدخال أو إخراج بضاعة أو سلع يحرم قانون الدولة التعامل فيها وجلبها للبلاد أو اخراجها بأي طريقة من الطرق غير المشروعة"[37]، لم يعد يقتصر التهريب على الأسلحة أو البشر كما كان في السابق وإنما شمل امورًا أخرى أحداها المخدرات حيث شهدت ولازالت المخدرات تحولًا كبيرًا في الانتشار عبر الحدود الدولية , و يمارس عملية التهريب عدة فئات، منها العصابات الإجرامية أو المزارعون أو المهربون والتجار، حيث تعمل العديد من العصابات الممتهنة بتهريب المخدرات على مستوى دولي على تهريب كميات كبيرة وغير معقولة من المواد المخدرة والمؤثرات العقلية يتم توزيعها لاحقًا بعد تهريبها إلى الدولة عبر شبكات بشرية يقوم كل منهم بدوره في تسليم المادة المخدرة واستلام الأرباح العائدة من المتاجرة بها، حيث تعد تجارة المخدرات في الوقت الحاضر ظاهرة عالمية تعاني منها أغلب دول العالم[38], ويمكن تعريف المتاجر بالمخدرات بأنه " الشخص الذي يقوم بجلب المواد المخدرة من مناطق الانتاج إلى مناطق الاستهلاك بغض النظر عن الكمية والأسلوب والعائد من جراء تهريبه للمواد المخدرة وعما اذا كان يقوم بها لحساب أحد العصابات المنظمة لعمليات تهريب المواد المخدرة أو يعمل منفردًا لحساب نفسه"[39]، وتختلف طرق ووسائل التهريب فقد يكون التهريب كما ذكرناه سابقًا بريًا عبر الطرق الوعرة أو الغابات أو الانفاق، أو بحريًا عبر السفن والبواخر وهو من الطرق التهريب المفضلة لدى المهربين، أو جوًا باستخدام الطائرات التي تنقل المواد المخدرة بكميات كبيرة عبر الممرات الجوية السرية المهجورة كما يحدث في الحدود المشتركة بين الولايات المتحدة الأمريكية ودول أمريكا الشمالية[40]، وتختلف وسائل التهريب والأساليب المتبعة فيه فقد تكون مهربة من قبل الشخص ذاته بغض النظر عن وسيلة النقل برًا أو جوًا أو بحرًا مثل وضع المواد المخدرة في الأطراف الصناعية أو الحزام والجراب أو الحذاء أو اخفائها داخل الشعر المستعار أو البطانة الداخلية للملابس، أو يتم وضعها في الحقائب أو الأمتعة أو الاجهزة الكهربائية مثل المراوح أو الثلاجات أو داخل لعب الأطفال أو التماثيل أو الآلات الموسيقية أو داخل معلبات الطعام أو حتى وسط الملابس القذرة التي يقوم الأفراد بعدم لمسها وتجنبها لشدة تلوثها، فضلًا عن تطور وسائل التهريب لتصل إلى استخدام الطرود عبر المكاتب أو الشركات

---

[37] - محمد رمضان محمد, المخدرات والمكافحة الدولية والإقليمية والمحلية, دار النهضة العربية, الطبعة الأولى, القاهرة, 2012, ص 83 .

[38] - أثير هاني حرز, استراتيجيات التعاون الدولي في مكافحة تجارة المخدرات, مجلة قضايا سياسية, العدد 79, 2024, ص 301 .

[39] - محمد رمضان محمد, مصدر سابق, ص 85 .

[40] - المصدر نفسه, ص 87 – 88 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الخاصة بالنقل بسبب عدم الشك بوجود مادة مخدره في طرد يحمل اسم شخص أو شركة ما، بل قد يتم التهريب حتى باستخدام الرسائل البريدية الورقية لتهريب كميات صغيرة جدًا اعتقادًا بصعوبة اكتشاف هذا الأسلوب واستخدام الرسائل كأسلوب للتمويه وابعاد الشك[41].

رابعًا - التعاطي : يقصد بالتعاطي "تناول المواد المخدرة والمؤثرات العقلية بأي وسيلة كانت الحصول على إثارة نفسية أو عقلية، أو هو استخدام الشخص للمواد المخدر والمؤثرات العقلية للحد الذي يضعف قدراته الوظيفية في المجال الاجتماعي والصحي"[42], وتندرج جريمة التعاطي تحت مسمى جنايات المخدرات، إلا إنها تختلف في العقوبة المفروضة على الجاني في جرائم التعاطي، بسبب اقتصار أضرارها على الشخص المتعاطي دون أن تنسحب إلى غيره خلافًا لبقية جنايات المخدرات، وبالتالي تكون العقوبة متناسبة وفعل التعاطي والتي غالبًا ما تكون السجن المؤقت أو الحبس شديد مع الغرامة، بالإضافة إلى إيداع المتعاطي في مراكز إعادة التأهيل.

وفي الختام يتضح الأثر الكبير والخطورة القصوى لجنايات المخدرات التي تفتك بالفرد والمجتمع وأن اسباغ صفة جنايات على الأفعال والجرائم التي سبق ذكرها أمر معقول وصحيح، حيث إن الأفعال السابقة تتم بأساليب خطرة واحتيالية تعتمد على شبكات بشرية وأماكن سرية، ولذا يعد ارتكاب أي منها فعل خطيرًا يستوجب التجريم ومجابهته بالعقوبة الشديدة التي تناسب خطورة الفعل المرتكب.

الفرع الثاني

جنح المخدرات

صنفت أغلب القوانين الجرائم المرتبطة بالمخدرات إلى جنايات وجناح وحسب خطورة الفعل المرتكب، وسبق لنا بيان جنايات المخدرات أما الجنح فهي الأفعال التي ترتكب بصدد المخدرات مثل التحريض على التعاطي دون أن يصل هذا التحريض إلى حد الترويج والمتاجرة، أو التواجد في مكان يتم فيه التعاطي، ورغم أنها أقل جسامة من جنايات المخدرات كالزراعة والحيازة والتهريب والتعاطي والمتاجرة، إلا إن المشرع شدد على تجريمها لما لها من أثر سلبي في نشر ثقافة التعاطي وتسهيل الانحراف نحو الإدمان واعتبرها مدخلًا رئيسيًا يسرع في انتشار الظاهرة، وسيتم شرح بعض جنح المخدرات والإشارة للبعض الآخر على نحو الآتي:

أولًا - التحريض على المخدرات : تعد جريمة التحريض أو إغراء الغير على تعاطي المخدرات من الجرائم الخطيرة التي تستهدف نقل الإدمان والتعاطي إلى الغير والأضرار بهم وتوجيههم نحو هواية

---

41 - محمد رمضان محمد, مصدر سابق, 90 – 95 .

42 - جعفر شاكر احسين, محمد جبار راتويه, المواجهة التجريمية للمخدرات والمؤثرات العقلية – دراسة مقارنة, مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة, المجلد 1, العدد 1, 2020, ص 197 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الانحراف الأخلاقي والاجتماعي، بالإضافة إلى آثارها على صحة الشخص الذي يتم تحريضه وإقناعه بالتعاطي في حال استجابته لهذا الإغراء، وبسبب خطورة هذا الفعل نصت القوانين المنظمة لجرائم المخدرات والمؤثرات العقلية على تجريمه وحددت له عقوبات لا تعد قليلة مقارنة بالفعل المرتكب، والإغراء أو التحريض على تعاطي المخدرات يختلف عن الترويج بسبب اقتصارها على تحريض الشخص أو اغرائه دون أن يمتد إلى بيع المخدرات، وتجرم بعض القوانين التحريض على التعاطي أو الاغراء في حال وقوعيه على الحدث فقط، فيعرف في هذه الحالة بأنه " إثارة رغبة وتشويق وفضول الحدث بهدف التأثير النفسي عليه لدفعه إلى تعاطي المخدرات على اساس أن الحدث قاصر لا يدرك ماهية المخدرات ولا المخاطر المترتبة على تعاطيها"[43]، وأيضًا قد يصف البعض فعل التحريض بمصطلح أخر فيطلق عليه (التحسين) ويقصد به "تسهيل مهمة الحدث في تعاطي المخدرات وذلك بإزالة العقبات التي تحول دون ذلك ومتى تحققت أفعال التحريض أو الاغراء والتحسين تحققت الجريمة بغض النظر عن حدوث التعاطي من عدمه"[44]، وترجع علة تجريم التحريض خصوصًا لدى فئة الأحداث إلى عدم اكتمال النضج العقلي والنفسي لهم وسهولة اغراءهم وخداعهم بأسلوب واهٍ ومقنع وبالتالي انقيادهم إلى تعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية.

ثانيًا ـ السماح للغير بالتعاطي أو التواجد في مكان يتم فيه تعاطي المخدرات : يعد فعل الشخص بالسماح للغير بتعاطي المخدرات في مكان عائد له، من الجرائم التي توصف بالجنح والمعاقب عليها في القوانين المنظمة لجرائم المخدرات، حيث جرمت القوانين السماح لشخص بتعاطي المخدرات في مكان مملوك له جرمت القوانين سماح الشخص للغير بتعاطي المخدرات في مكان مملوك له واشترطت توافر علم لدى مالك العقار أو المكان وعلمه برغبة المتعاطي في استئجار المكان العائد له لغرض التعاطي، فالقوانين اشترطت اولًا عائدية المكان للشخص وكذلك علمه بتعاطي المخدرات في المكان المملوك له حتى تتحقق كل أركان الجريمة، وعلة تجريم هذا الفعل تأتي من قيام الشخص بتوفير بيئة ومكان أمن لتعاطي المخدرات وبدون مقابل وبالتالي تشجيعه على التعاطي وتقديم التسهيلات اللازمة لهذا الفعل[45]، أما التواجد في مكان يتم فيه تعاطي فيفترض القانون وجود شخص غير متعاطي في مكان مع مجموعة أشخاص يقومون بتعاطي المواد المخدرة مع علمه بوجود مواد مخدرة يتم تعاطيها، حيث جرمت القوانين هذا الفعل بسبب خطورة التعاطي وبالتالي فإن المنع لأسباب وقائية الهدف منها منع الشخص من التواجد في بيئات المدمنين ومتعاطي المخدرات، كي لا تدفعه مرافقة هذه الجماعات إلى التعاطي أيضًا في المستقبل، ومن القوانين التي نصت

43 ـ موفق حماد عبد, جرائم المخدرات دراسة فقهية قضائية مقارنة, مصدر سابق, ص 158 .
44 ـ موفق حماد عبد, جرائم المخدرات دراسة فقهية قضائية مقارنة, مصدر سابق, ص 159 .
45 ـ ينضر نص المادة (35) من القانون رقم (182) لسنة 1961 من القانون المصري بشأن المخدرات وتنظيم استعمالها والإتجار بها .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

على هذه الجرائم بوصفها جنح هو القانون المصري لمكافحة المخدرات الذي نص في المادة 39 من قانون المخدرات

لسنة 1961 على ذلك[46]، بالإضافة إلى التواجد في مكان يتم فيه التعاطي والعلم بذلك اشترطت القوانين الامساك بالشخص بحاله التلبس أي القبض عليه في ذلك المكان الذي يتم فيه التعاطي[47].

فضلًا عن جنايات وجنح المخدرات التي ورد ذكرها سابقًا توجد أفعال تقع تحت وصف الجنح أو تتأرجح عقوبتها بين الجناية والجنحة مثل الاستلام أو التسليم أو التنازل عن المواد المخدرة أو الوساطة في البيع أو الشراء أو التعاطي والتي توصف عادة بالجنايات، بالإضافة إلى فعل عدم مسك السجلات وتقييد بيع وشراء أو استيراد أو تصدير المواد المخدرة وفقا للقانون من قبل الأشخاص المرخصين مثل الصيادلة أو العاملين في مذاخر الأدوية ويشترط التسجيل الدقيق لكل الكميات والمواد التي توصف بأنها مخدرة أو يمكن تعاطيها، أو وصفها في حال عدم الحاجة إليها أو زيادة كمياتها عن الكمية المطلوبة للشفاء من قبل الطبيب المختص وتندرج هذه الأفعال تحت وصف الجنح .

المطلب الثالث

الآثار والانعكاسات المترتبة على جرائم المخدرات

تترتب على جرائم المخدرات آثار وانعكاسات كثيرة تمس جهات عدة من حياة مرتكب هذه الجرائم أو المجتمع الذي يتواجد فيه, تتمثل في حالة الإدمان وما ينتج عنها من مخاطر شخصية وبيئية ومجتمعية وكما سيتم بيانه :

الفرع الأول

الآثار المترتبة على جرائم المخدرات

يترتب على ارتكاب جرائم المخدرات آثار جمة تحيط بمرتكب الجريمة والأفراد من حوله، بالإضافة إلى امتدادها إلى المجتمع وتأثيرها على جانب النفسي والصحي، ولكن الأثر الأكبر والأكثر خطرًا كما نرى هو الإدمان، إذ يعد الإدمان على المخدرات الهدف أو الغاية المبتغاة من ارتكاب مختلف جرائم المخدرات، فزراعة المواد المخدرة والإتجار بها أو تصنيعها أو تهريبها كل ذلك يهدف إلى تحقيق غاية واحدة ألا وهي الاستخدام غير المشروع لها وتعاطيها خلافًا لما هو منظم قانونًا ودون سبب طبي، فالإدمان يعد من أخطر

---

46 - ينضر نص المادة (39) من القانون رقم (182) لسنة 1961 من القانون المصري بشأن المخدرات وتنظيم استعمالها والإتجار بها .

47 - موفق حماد عبد, مصدر سابق, ص 153 – 156 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الأثار المترتبة على ارتكاب جرائم مخدرات كما ويمثل الأساس الأول لانطلاق الأثار الأخرى المترتبة على جرائم المخدرات ولخطورة هذا الفعل أو الأثر سنخصص هذا الفرع لبيان مفهومه ومخاطره وعلى نحو الآتي:

أولًا - تعريف الإدمان : يعرف الإدمان بأنه "مجموعة من الظواهر النفسية والمعرفية والسلوكية التي تتطور بعد تكرار تعاطي المخدرات وتتضمن رغبة قوية في الحصول على المخدرات"، ويعرف أيضًا بأنه " حالة تكيف الإنسان بدنيًا ونفسيًا أو كليهما مع عقار يساء استخدامه بحيث تظهر عليه أعراض الانقطاع عند التوقف عن التعاطي"[48]، ويختلف الإدمان عن التعاطي فقد يخلط البعض بينهما بسبب تقاربهما في المعنى، إلا إن التعاطي يختلف في كونه يمثل عملية غير مستمرة أو منتظمة في أخذ المواد المخدرة واستخدامها بأسلوب غير دوري وغالبًا يكون سبب تعاطي هنا هو التقليد والتسلية أو لإرضاء الفضول, إلا أنه لا يشكل إدمان بسبب عدم الانتظام في أخذ المادة المخدرة وبالتالي القدرة على قطع التعاطي وعدم تفاقم الأعراض في حال الانقطاع عنها، أما الإدمان فهو يكون نتيجة حتمية للتعاطي المنتظم والمستمر والدوري للمخدرات، أي يكون نتيجة تكرار التعاطي حيث يصل المتعاطي إلى مرحلة الاعتماد التام على المواد المخدرة وعدم القدرة على الاستغناء عنها أو تركها لشدة الحاجة لها[49].

ثانيًا - أعراض الإدمان : ينتج عن الإدمان على المخدرات نتيجة للتعاطي المستمر لها تفاعل بدني ونفسي للمدمن مع المواد المخدرة وتتوزع هذه الأعراض أو الأثار إلى ثلاث نقاط أساسية :

١ - التحمل : ويعرف بأنه " قلة تجاوب المدمن مع مفعول المادة المخدرة نتيجة تناولها بصورة متكررة أو من ثم يضطر المدمن إلى زيادة الجرعة تدريجيًا بهدف الحصول على نفس الأثر الذي أمكن تحصيله من قبل بجرعة أقل"، أما التحمل الممتد أو المتبادل فيكون نتيجة الشعور والقدرة على تحمل التعاطي بكميات أكثر لأنواع أقوى وأخطر من النوع المستخدم من قبل ومثال على ذلك تحمل شخص المتعاطي لمادة الهيروين يمتد أثره ويصبح أكثر قوة ليتحمل القدرة على المورفين[50].

ثانيًا - أعراض الانسحاب وتعرف بأنها " مجموعة أعراض متباينة الشدة ترتبط بالاعتماد العضوي للشخص على المادة المخدرة والمؤثرة نفسيًا وتحدث عند الانسحاب (الانقطاع) عن التعاطي وتقليل الجرعة المتعاطاة بشكل نسبي أو مطلق للمادة بعد فترة من الاستخدام المتكرر أو الجرعات العالية من هذه المادة وترتبط الأعراض الانسحابية بنوع المادة ومقدار الجرعة المستخدمة قبل الانقطاع مباشرة وتضم

48 - محمود رجب فتح الله, الوسيط في جرائم المخدرات وفقًا لأحدث أحكام محكمة النقض علمًا وعملًا, مصدر سابق, ص 38.

49 - جبيري ياسين, المخدرات والمجتمع دراسات قانونية – فقهية – نفسية واجتماعية, مصدر سابق, ص 64.

50 - موفق حماد, مصدر سابق, ص 62 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

اضطرابات نفسية كالقلق والاكتئاب واضطرابات النوم"[51]، وكما هو موضح فان ظهور أعراض الانسحاب دليل على وجود الإدمان وتزول هذه الأعراض عادة من خلال إعادة تعاطي المادة المخدرة ذاتها أو مادة أخرى لها نفس تأثير المادة الأولى على جسم المتعاطي أو المدمن.

ثالثًا - الجرعة الزائدة : يدور معنى هذا المصطلح حول وجود جرعة زائدة يأخذها المتعاطي والمدمن من أجل الحصول على النشوة الخاصة أو الشعور الخاص الناتج عن تعاطي هذه الكمية وفي حال حدوث زيادة في الجرعة المستخدمة يؤدي ذلك إلى حدوث أثار حادة وخطرة، وتكون هذه الآثار عضوية أو نفسية كما قد تكون مؤقتة تزول تلقائيًا بعده فترة ولكن بعد الحصول على الرعاية الطبية اللازمة، اما اذا لم تكن هذه الأثار مؤقتة واستمرت لمدة طويلة مع الاستمرار في زيادة جرعة المادة المخدرة فإن ذلك قد يؤدي إلى وفاة المدمن، وتوجد عدة أسباب تؤدي إلى زيادة الجرعة منها الحصول على المتعة الزائدة أو تغيير نوع المادة المخدرة مع الابقاء على تعاطي الجرعة ذاتها المعتادة في المادة السابقة نتيجة لقيام تاجر مخدرات بخلط المادة المخدرة مع مواد أخرى لزيادة وزنها أو تكون زيادة الجرعة لأسباب نفسية لغرض الانتحار[52].

الفرع الثاني

طرق تعاطي المخدرات

تختلف طرق تعاطي المخدرات تبعًا للعقار أو المادة المخدرة التي يستخدمها المتعاطي، فتتخذ المواد المخدرة أنواع وأشكال مختلفة قد تكون في صورة مادة الصلبة أو سائلة أو غازية، وتؤخذ أو يتم تعاطيها بثلاث طرق عادة بغض النظر عن نوع المخدر، وتنقسم هذه الطرق إلى تعاطي المخدرات عن طريق الفم والتعاطي عن طريق الأنف بالشم أو الاستنشاق، والتعاطي عن طريق الحقن وكما سيتم بيانه :

اولًا - التعاطي عن طريق الفم : يعد تعاطي المخدرات عن طريق الفم من أكثر الطرق انتشارًا وشيوعًا بين المدمنين نظرًا لسهولته وإمكانية اخفائه عن الأنظار، فقد يتم تناول المواد المخدرة بغض النظر عن نوعها على شكل أقراص أو كبسولات أو مساحيق مذابة في المشروبات أو على شكل مواد أو حشائش مطحونة توضع على الارجيلة لتدخينها، ويجعل التعاطي عن طريق الفم هذه العملية أقل لفتًا للانتباه مقارنة مع الطرق الأخرى، ومن أبرز المخدرات التي يتم تعاطيها عن طريق الفم هي الحشيش والذي قد يتم خلطه مع الماء والقهوة أو المشروبات الساخنة أو طحنه مع السكر أو العسل مثل نبات القنب أو بلعه أو مضغه واستحلابه أيضًا مثل القات الذي يعد من المواد المخدرة التي توضع في الفم ويتم تعاطيها من خلال وضعها

---

[51] - محمد فتحي محمد, بنية النظام الخيالي لدى مدمنين المخدرات والمسكنات – دراسة اكلينيكة في ضوء مفاهيم التحليل النفسي اللاكاني, رسالة ماجستير, كلية الآداب – جامعة الزقازيق, 2009, ص 16.

[52] - موفق حماد, مصدر سابق, ص 64.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

لفتره طويلة في الفم لاستخلاص المادة المخدرة منها، وهناك مواد تكون على شكل أقراص مجهزة للبلع لكنها قليلة الاستخدام مقارنة مع بقية المواد مثل تعاطي أقراص الهيروين[53].

ثانيًا - التعاطي عن طريق الاستنشاق : يعد تعاطي المخدرات عن طريق الاستنشاق عبر الأنف من الطرق الشائعة للتعاطي بين المدمنين حيث عادة ما يتم طحن المادة المخدرة أو تكون مجهزة ويتم بيعها من قبل تاجر المخدرات على شكل مسحوق ناعم ويتم تعاطيه عبرة فتحتي الأنف؛ ومن أبرز أنواع المخدرات التي يتم تعاطيها عن طريق الأنف هي الهيروين الذي يكون على شكل مسحوق أبيض ويتم استنشاقه عن طريق الأنف من خلال شمه بأسلوب وطريقة معروفة لدى المدمنين، ويتم إدمانه بعد أسبوع من تعاطيه فقط نظرًا لقوته وتأثيره على الجسم[54]، ويتم الاستنشاق من خلال وضع المادة المخدرة على سطح ساخن لسرعة انصهارها وانبعاث الرائحة المخدرة منها, فضلًا عن استنشاقها عن طريق وضعها فوق الفحم في مكان مغلق للشعور بالنشوة والاستمتاع بأكبر قدر من رائحة المخدرات، ويتم وضع المادة المخدرة أو المسحوق الناعم على سطح ناعم مثل (قطعة من الورق أو عملة نقدية أو ورقية أو زجاج أو بلاستيك) ويتم استنشاقه من خلال وضعه بشكل خطوط ويستنشق بقوة داخل الأنف مباشرة أو باستخدام أنبوبة ومن أكثر المخدرات التي يتم استخدامها بالطرق التي تقدم ذكرها هي الحشيش والكوكايين والهيروين[55].

ثالثًا - التعاطي عن طريق الحقن : يعد تعاطي المخدرات عن طريق الحقن من أخطر طرق التعاطي وأكثرها سرعة في الإدمان، اذ يتم حقن المادة المخدرة تحت الجلد وبشكل أكثر خطورة يتم حقنه عبر الوريد، وتكمن خطورة هذه الطريقة في التعاطي بسبب تأثيره الكبير على المدمن إذ تدخل المادة المخدرة مباشرة بعد حقنها إلى مجرى الدم فتؤثر بشكل سريع على الدماغ والجهاز العصبي مسببة آثار كبيرة والتهابات خطيرة، فضلًا عن خطر الإصابة ببعض الأمراض الخطيرة مثل الإيدز والتهابات الكبد، بالإضافة إلى مخاطر الجرعة الزائدة، ومن أبرز أنواع المخدرات التي تؤخذ بطريقه الحقن ويتم تعاطيها بعد ربط أعلى مكان الحقن بقطعة مطاطية لمنع تدفق الدم بكثرة اثناء الحقن مثل الهيروين والكوكايين التي تؤخذ عادة في الوريد وتكون لها مضاعفات كبيرة[56]. وبغض النظر عن طرق تعاطي المخدرات ونوعها يترتب على هذا التعاطي حدوث الإدمان غالبًا الذي يرتب جملة آثار خطيرة مسببة انعكاسات من نواحي عدة على حياة المدمن أو المتعاطي ومن حوله، ومنها الانعكاسات النفسية التي تصيب المدمن مثل حدوث

---

53 - محمد رمضان محمد, المخدرات المكافحة الدولية والإقليمية والمحلية, مصدر سابق, 18 – 23 .

54 - كمال يوزيدي, المخدرات بين المخاطر والعلاج, مجلة العلوم الإسلامية والصراط, السنة الخامسة, العدد 10, 2004, ص 287 .

55 - محمد رمضان محمد, مصدر, سابق, ص 16 – 25 .

56 - كمال يوزيدي, ظاهرة المخدرات بين المخاطر والعلاج, مصدر سابق, ص 287.
وتنتشر طريقة التعاطي بالحقن على نطاق واسع في الولايات المتحدة الأمريكية والدول الأوربية . للمزيد ينظر محمد رمضان محمد, مصدر سابق, ص 20 – 25 .

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

اضطرابات في الإدراك واختلال التفكير وصعوبته، وشعور مستمر بالقلق والتوتر والعصبية وحدة المزاج، بالإضافة إلى اضطراب المشاعر بين الفرح والحزن نتيجة التعاطي وغيرها من الآثار النفسية التي قد تتفاقم حتى تصل إلى الانتحار نتيجة الشعور بالظلم أو الاكتئاب الحاد[57]، بالإضافة إلى الأضرار النفسية فضلًا عن الجسدية التي تصيب المتعاطي والمدمن، تظهر المخدرات أثار اجتماعية كبيرة تتمثل في كون الشخص المتعاطي فردًا في المجتمع واتيانه لفعل التعاطي أو الإدمان يؤثر سلبًا على المجتمع، إذ يضيق دائرته الاجتماعية ويبعده عن أسرته واحيانًا قد يصل إلى حدوث تفكك أسري نتيجة التعاطي واقتصار علاقاته على المجموعات أو الاشخاص المتعاطين أو اعتزاله بشكل تام عن المجتمع، وغالبًا ما يكون هذا الشعور والعزلة الاجتماعية والانجراف نحو تعاطي المخدرات بسبب سوء اختيار الرفيق بالإضافة إلى ضعف الوازع الديني وفقدان القيم الاجتماعية الصالحة مما يجعل المتعاطي غير قادر على التكيف مع المجتمع بسبب الاضطرابات النفسية التي يعاني منها نتيجة تعاطي المواد المخدرة[58]، أما الأثار الأخرى التي يرتبها تعاطي المخدرات فتتمثل بالأثار أو الانعكاسات الاقتصادية، فالإدمان على تعاطي المخدرات يحتاج إلى مصدر مالي لشراء المادة المخدرة التي غالبًا ما تكون ذات ثمن باهظ فيتغير اتجاه انفاق المتعاطي من الإنفاق على أسرته أو عمله وما فيه صالح نفسه إلى الانفاق على شراء المخدرات مسببة فشل أو خسارة في الأعمال التي كان يزاولها وقد تؤثر بشكل خاص على الوضع المادي للأسرة أو الشخص المتعاطي، فضلًا عن تأثيرها على الاقتصاد الخاص بالمجتمع بسبب انخفاض قدرة المدمن ورغبته على العمل والانتاج، فضلًا عن التأثير على اقتصاد الدولة من خلال المتاجرة بالأشياء والمواد الممنوعة، بالإضافة إلى ارتفاع نسبة البطالة ولجوء المدمن إلى ارتكاب الجرائم لتوفير المال اللازم لشراء المخدرات لعدم القدرة على ممارسة أي عمل، فضلًا عن أن المخدرات تكبد الدولة خسارات كثيرة في الأموال من خلال إنشاء مراكز تأهيل للمتعاطين، بالإضافة إلى العمليات الأمنية التي تكبد الدولة خسائر كثيرة في الأموال والأرواح[59] .

مما تقدم يتضح ان جرائم المخدرات لا تقتصر على التعاطي أو الإدمان على المخدرات بل تتنوع وتتوزع إلى كافة أشكال التعامل غير القانوني مع المخدرات والعقاقير المؤثرة على العقل، وأن لارتكاب أي من جرائم المخدرات أثار خطيرة تلحق أضرارًا كبيرة على مرتكب الجريمة وأسرته والمجتمع والدولة أيضًا، ويتطلب إيقاف أو تقليل ارتكاب جرائم المخدرات ومكافحتها وجود تشريعات ذات مستوى مرتفع

---

[57] - ئاسو صالح سعيد, سمير عبد الجبار عبد المجيد, المخدرات الموت الزاحف, مصدر سابق, ص 21.
[58] - إسماعيل نعمة عبود, محمد حسون عبيد, أسباب وأثار تعاطي المخدرات, مجلة العلوم الإنسانية, المجلد 23, العدد 4, 2016, ص 12 .
[59] - ئاسو صالح سعيد, سمير عبد الجبار عبد المجيد, المخدرات الموت الزاحف, مصدر سابق, ص22 - 23.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من التنظيم والتفصيل في مواجهة هذه الظاهرة، واتباع سياسات متطورة تتوافق مع التطور الكبير في ارتكاب هذه الجرائم وهذا ما سيتم توضيحه في المبحث الثاني من هذا البحث.

المبحث الثاني

السياسية التشريعية للمشرع العراقي لمواجهة جرائم المخدرات

انتهج المشرع العراقي منذ زمن بعيد المنهج العقابي في مواجهة جرائم المخدرات من خلال تشريع عدة قوانين عقابية في جوانب متعددة، تواجه صور محددة من جرائم مخدرات، إلا إن سياسة المشرع العراقي لم تقتصر على العقاب فقط فجاءت القوانين المنظمة لجرائم المخدرات باتجاه جديد ينطوي على أساليب وقائية وعلاجية أو تأهيلية للمدمنين على تعاطي المخدرات، فضلًا عن السياسة العقابية لمرتكبي جرائم المخدرات الأخرى مثل زراعة أو انتاج أو ترويج أو بيع وشراء أو تهريب المواد المخدرة أو العقاقير، ولغرض بيان هذه السياسات سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لتوضيح السياسية العقابية والعلاجية للمشرع وسيكون اعتمادنا على القوانين كصدر رئيس كون دراسة الموضوع (تحليلية) وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

السياسية العقابية للمشرع العراقي لمواجهة جرائم المخدرات

لقد أولى المشرع العراقي جرائم المخدرات اهتمامًا بالغًا نظرًا لخطورتها على الفرد والمجتمع، فاعتمد سياسة عقابية صارمة تقوم على تشديد العقوبة وتنوعها بما يحقق الردع العام والخاص، وتتجلى هذه السياسية في النصوص القانونية التي لم تكتفي بالتجريم فقط، فشددت العقوبة في عدة حالات, وهو ما يعكس الاصرار على مواجهة هذه الظاهرة والعمل على تقليل آثارها السلبية ولبيان هذه السياسة العقابية، سنخصص الفرع الأول لاستعراض التشريعات العراقية السابقة التي جرمت بعض من صور جرائم المخدرات، ونخصص الفرع الثاني لتحليل نصوص قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ والمتعلقة بالجانب العقابي على جرائم المخدرات وعلى النحو القادم :

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الفرع الأول

تجريم المخدرات في التشريعات العقابية السابقة للمشرع العراقي

إدرك المشرع العراقي منذ زمن بعيد خطورة جرائم المخدرات وأثارها الكبيرة, ولذا قام بتشريع قوانين مثلت البداية لانطلاق التشريعات المجرمة للمخدرات ومن أبرز الجرائم التي جرمتها القوانين العقابية السابقة :

أولًا - جريمة زراعة وصناعة (إنتاج المواد المخدرة) : جرم المشرع العراقي هذا الفعل في أول قانون عراقي لمكافحة المخدرات والموسوم بقانون منع زراعة القنب والحشيش الهندي وخشخاش الافيون المرقم (12) لسنة 1933 الذي يعد سابقة للمشرع العراقي في إصدار قانون يجرم هذه الأفعال مقارنة مع التشريعات العربية المتعلقة بالمجال ذاته، فقد وضع هذا القانون أساسًا لتجريم زراعة المخدرات حيث فرض عقوبة السجن على زراعة الحشيش أو اختلاس الافيون، بالإضافة إلى الغرامة المالية ومصادرة المزروعات من النباتات المخدرة، وشدد العقوبة في حاله تكرار هذه الجريمة (العود) وجرمت هذه الأفعال جميع قوانين المخدرات المتعاقبة منها قانون العقاقير المخدرة الملغي رقم (68) لسنة 1938 وقانون المخدرات المرقم (68) لسنة 1965 وصولًا إلى قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ[60].

ثانيًا - جريمة حيازة واحراز المواد المخدرة والمؤثرات العقلية : تعد جريمة احراز وحيازة المواد المخدرة بشكل مخالف القانون بقصد الإتجار أو التعاطي من الجرائم الخطيرة التي نصت عليها جميع القوانين المجرمة للمخدرات والتعامل غير القانوني بها، بسبب خطورة هذه الجريمة والآثار التي تترتب عليها من انتشار التعاطي والتأثير على أمن المجتمع وسلامته الصحية والأمنية، وقد شددت القوانين وأصدرت عدة أحكام قضائية تبين حكم احراز المادة المخدرة[61]، أما على صعيد القوانين العراقية فقد نص قانون المخدرات السابق رقم (68) لسنه 1965 هذه الجريمة محدد الجهات التي يجوز لها احراز المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية حيث نص على "لا يجوز حيازة أي مادة من المواد المذكورة في المادة الثالثة من القانون إلا للأطباء

---

60 - الدكتور مسلم طاهر حسون الحسيني، مواجهة جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية في التشريع العراقي, مقال منشور على شبكة الانترنيت, https://kerbalacss.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2024/06/02/%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%AB%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%B9/ , تاريخ الزيارة (29 \ 9 \ 2025) .

61 - نقض ١١ إبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٦ رقم ٢٥١ ص ٨١٤)
"احراز المخدر جريمة معاقبا عليها بصرف النظر عن الباعث عليه - الاحراز هو مجرد الاستيلاء علي الجوهر المخدر استيلاءً ماديا طالت فترته أم قصرت يستوي في ذلك أن يكون الباعث عليه مجرد حفظه لحساب شخص آخر أو الانتفاع به" مجدي محمود محب حافظ, موسوعة الفقه والقضاء في المخدرات, الجزء الأول, دار العدالة, القاهرة, 2013, ص 47.

وأطباء الأسنان والأطباء البيطريين والصيادلة والمسجلين والمجازين بممارسة المهنة ومذاخر الأدوية ومصانع الأدوية المجازة والمؤسسات الصحية الحكومية أو المؤسسات المعاهد والأشخاص الذين اجيزوا لهذا الغرض أو من حصل عليها من صيدلي مجاز وبموجب وصفة من طبيب مسجل وفق لأحكام قانون مهنة مزاولة الصيدلة والإتجار بالأدوية والمواد السامة"[62]، والمواد التي أشار إليها القانون هي المادة الثلاثة التي تشمل جميع المواد المخدرة والعقاقير والمستحضرات أيضًا[63]، ونص القانون على عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد ومصادرة المواد المخدرة بمرتكب زراعة وحيازة المخدرات المتاجرة بها، ووضح أيضًا عقوبة مخالفه عدم تسجيل المادة المخدرة من الحائز القانوني لها أو عدم الحفاظ على الوصفة لمدة لا تقل عن الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات [64].

ثالثًا ـ جريمة الإتجار غير المشروع بالمواد المخدرة والعقاقير : نص قانون سنة 1965 على عقوبة واضحة لجريمة الإتجار بالمخدرات أو تهريبها حيث وضح المقصود بفعل الإتجار غير المشروع بأنه " زراعة المخدرات أو المتاجرة بها خلافًا لأحكام هذا القانون، أما الاستيراد والتصدير فعرفه بأنه نقل المخدرات ماديًا من دولة إلى أخرى ويشمل التصدير أو إعادة التصدير، إلا إذا دلت القرينة على غير ذلك"، ووضح القانون بأن الدولة أو الجهات المجازة قانونًا هي من يحق لها بيع وشراء واستيراد وتصدير المواد المخدرة مشترطًا تسجيلها وتحديدها بكميات معينة ومن يخالف ذلك بأن يرتكب فعل الاستيراد والتصدير والبيع وشراء المواد المخدرة سواء بكل الأفعال مجتمعة أو فعل واحد منها تكون عقوبته الإعدام أو السجن المؤبد، أما بالنسبة لجنح المخدرات مثل التواجد في مكان يتم فيه التعاطي أو الحدث على التعاطي، بالإضافة إلى الجرائم التي تتعلق بعدم مسك سجل للمواد المخدرة من قبل البائعين أو المشترين أو المصدرين أو المستوردين لها بشكل قانوني أو إعطاء مادة مخدرة من دون وصفة طبية بالنسبة للصيادلة وغيرها من جنح المخدرات، فقد نص عليها القانون حيث حدد عقوبة السجن لمدة لا تزيد على 10 سنوات ولا تقل عن الحبس لمدة ثلاث سنوات وبغرامة على كل من حاز أو زرع أحدى المواد المخدرة بقصد التعاطي والاستعمال الشخصي وبالنظر للعقوبة المقررة لجريمة التعاطي فإن المشرع قد اعتبرها من الجنايات وليس جنة نضرًا للحد الأعلى للعقوبة المقررة وهو السجن (١٥) سنة، أما عقوبة المخالفين من ذوي المهن الطبية وأصحاب المذاخر بالغرامة أو الحبس مدة لا تزيد على سنة أو كلاهما معًا[65].

---

[62] ـ ينظر نص المادة (8) من قانون المخدرات رقم (68) لسنة 1965 العراقي الملغي.
[63] ـ ينظر نص المادة (3) من قانون المخدرات رقم (68) لسنة 1965 العراقي الملغي.
[64] ـ ينظر نص المادة (14 \ 2) من قانون المخدرات رقم (68) لسنة 1965 العراقي الملغي .
[65] ـ أياد محسن ضمد, مكافحة المخدرات في القانون العراقي, مركز البيان للدراسات والتخطيط, بغداد, 2017, 9 – 10 .

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بناء على ما تقدم يتضح من قراءة نصوص المواد بالقانون رقم 68 لسنه 1965 بأنه قانون ركز على الجانب العقابي أكثر من بقية الجوانب؛ لأنه نظم كيفية وضع العقوبات المناسبة لجرائم المخدرات، ووضع عقوبات مشدده جدًا لها حيث فرض عقوبة الإعدام على الزراعة والانتاج والحيازة والمتاجرة وهي عقوبة مناسبة جدًا لمرتكبي هذه الجرائم، حيث أن ارتكاب أي منها يعتبر جناية بسبب الأثر الكبير والخطير الذي يترتب عليها.

الفرع الثاني

السياسية التجريمية لجرائم المخدرات في قانون المخدرات العراقي النافذ

قبل البدء بإيضاح السياسية التجريمية لجرائم المخدرات لا بأس في توضيح تعريف التجريم الذي يقصد به بأنه "اضفاء الحماية الجنائية على مصلحة معينة تعد من المصالح الاجتماعية التي تعتبر معيارًا لتجريم الاعتداء عليها"[66]، وبناء على التعريف أعلاه فإن المصلحة التي أراد المشرع حمايتها هي مصلحة الفرد والمجتمع من خطورة جرائم للمخدرات التي ترتكب وتضر بهذه المصلحة أو تعكر الحماية المقررة لها، ولأجل حماية هذه المصلحة نص المشرع العراقي في القانون النافذ قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017 على سياسة تجريمية واضحة جدًا، حيث حدد الأفعال التي تعد من جرائم المخدرات ثم اوضح العقوبات المخصصة لكل منها, ونظم المشرع جرائم المخدرات ابتداءً بالجرائم الأكثر خطورة وصولًا إلى الجنح منها، فضلًا عن توضيح الظروف المشددة للعقوبة في جرائم المخدرات وضح المشرّع العراقي السياسية العقابية في المواد (27-33) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧، فقد انتهج سياسة عقابية صارمة تجاه جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، تقوم على مبدأ الردع العام والخاص في الوقت ذاته، وسنقوم ببيان جوانب السياسية العقابية المتبعة وفق التقسيم الآتي :

أولًا – شدة العقوبات واتساع نطاق التجريم : كرس المشرع في المادة (27) أقصى صور الردع من خلال النص على عقوبتي الإعدام أو السجن المؤبد لكل من يتعامل مع المواد المخدرة من خلال الإنتاج أو الزراعة أو الاستيراد أو التصدير بقصد المتاجرة, ويفهم من ذلك أن المشرع أراد تجريم النشاط الإجرامي المنظم الذي يهدف إلى الإتجار لا الاستعمال، لكونه يشكل تهديدًا مباشرًا للنظام العام والصحة العامة[67].

---

[66] - سعيد كاظم جاسم الموسوي، اتجاهات السياسية الجنائية المعاصرة في مكافحة جرائم المخدرات - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠١٤, ص14 .

[67] - إذ جاء في المادة (27) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017 " يعاقب بالإعدام او بالسجن المؤبد كل من ارتكب احد الافعال الاتية :

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أما المادة (28) فقد وسعت نطاق التجريم ليشمل كل صور الحيازة أو النقل أو التداول أو الوساطة بقصد الإتجار، حتى وإن لم يثبت النشاط التجاري بصورة كاملة، وهو ما يعكس توجهًا وقائيًا يرمي إلى قطع الطريق أمام المراحل الأولى لتداول المخدرات, كما تضمنت هذه المادة تدرجًا في العقوبات بحسب نوع المادة المخدرة والجدول الذي تندرج تحته، وهو ما يظهر وعي المشرع بالاختلافات الكيميائية والطبية بين المواد المخدرة[68].

ثانيًا – الظروف المشددة ودورها في تشديد الردع : أوردت المادة (29) ظروفًا تعد مشددة للعقوبة، مثل حالة العود، أو صفة الفاعل إذا كان موظفًا مختصًا بمكافحة المخدرات، أو اشتراكه في عصابة دولية, وهذه الحالات تعبر عن رؤية تشريعية ترى أن خطورة الجريمة لا تتوقف على الفعل ذاته، بل تمتد إلى الفاعل وموقعه ودوافعه والبيئة التي ترتكب فيها الجريمة, كما أضاف المشرع حالات تتعلق بالمكان كارتكاب الجريمة في مؤسسات تربوية أو دينية، تأكيدًا على البعد الأخلاقي والاجتماعي للردع[69].

ثالثًا – حماية القائمين بتنفيذ القانون وضمان احترامه : في المادة (30) أظهر المشرع اهتمامًا بحماية الأجهزة المكلفة بإنفاذ القانون، من خلال تشديد العقوبة على من يعتدي على الموظف القائم بمهام مكافحة المخدرات، بدءًا من السجن المؤقت وصولًا إلى الإعدام في حال وفاة المجني عليه, ويعكس هذا النص حرص المشرع على دعم هيبة الدولة والقانون وضمان فاعلية النظام القضائي في مواجهة هذه الجرائم[70].

رابعًا – الرقابة المهنية والعقوبات التأديبية : المادة (31) تناولت الجانب المهني، فنصت على معاقبة الطبيب الذي يصدر وصفة طبية بمخدرات لغير غرض العلاج, وتكشف هذه المادة أيضًا عن أتجاه وقائي وتنظيمي يهدف إلى ضبط الاستخدام الطبي للمؤثرات العقلية ومنع تسربها إلى استعمالات غير مشروعة، مما يجعلها حلقة مهمة في منظومة مكافحة المخدرات [71].

اولا: استورد او جلب او صدر مواد مخدرة او مؤثرات عقلية او سلائف كيميائية بقصد المتاجرة بها في غير الاحوال التي اجازها القانون.

ثانيا: انتج او صنع موادا مخدرة او مؤثرات عقلية بقصد المتاجرة بها في غير الاحوال التي اجازها القانون.

ثالثا: زرع نباتا ينتج عنه مواد مخدرة او مؤثرات عقلية او استورد او جلب او صدر نباتا من هذه النباتات في اي طور من اطوار نموها بقصد المتاجرة بها او المتاجرة ببذورها في غير الاحوال التي اجازها القانون".

[68] - ينظر نص المادة (28) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017.

[69] - ينظر نص المادة (29) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017.

[70] - ينظر نص المادة (30) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017.

[71] - ينظر نص المادة (31) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

خامسًا – التمييز بين المتاجر والتعاطي : في المادة (32)، ميز المشرع بين التاجر والمتعاطي، إذ قرر عقوبات أخف لمن يحوز المواد بقصد التعاطي الشخصي، إدراكًا منه للطابع الإنساني والاجتماعي لظاهرة الإدمان، ومحاولة للفصل بين من يشكل خطرًا على المجتمع ومن يحتاج إلى المعالجة لا إلى العقاب القاسي.

سادسًا – المسؤولية عن الأماكن والكميات القانونية : المادة (33) تعكس جانبًا آخر من السياسة العقابية، إذ عاقبت من يتيح أو يهيئ مكانًا لتعاطي المخدرات، حتى وإن لم يكن متاجرًا بها، وهو ما يدخل في إطار الردع الاجتماعي غير المباشر, كما أضافت أحكامًا دقيقة بشأن الكميات المسموح بها المقبولة في الوزن، ما يدل على دقة تشريعية عالية تهدف إلى منع إساءة تطبيق القانون أو تفسيره على نحو مختلف[72].

المطلب الثاني

السياسية الوقائية والعلاجية للمشرع العراقي في قانون المخدرات النافذ

بالإضافة إلى السياسية العقابية اعتمد المشرع العراقي سياسة وقائية وعلاجية لمواجهة المخدرات تقوم على العمل على منع انتشارها من خلال التوعية والرقابة والتجريم والردع إلى جانب معالجة المدمنين وتأهيلهم نفسيًا واجتماعيًا، بهذا الأسلوب جمع المشرع بين الحزم في العقوبة والرأفة في العلاج من أجل حماية المجتمع من آفة المخدرات، وسيتم توضيح هذه السياسية الوقائية والعلاجية في فرعين وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

السياسية الوقائية

يهدف المشرع من خلال السياسية الوقائية إلى حماية المجتمع من المخدرات قبل وقوع جرائمها من خلال نشر التوعية الصحية والدينية والاجتماعية وتجريم الأفعال التي تمهد لتعاطي المخدرات أو الإتجار بها وتشديد الرقابة على المدمنين في مرحلة إعادة التأهيل؛ بالإضافة إلى ذلك تهدف السياسية الوقائية أيضًا لمواجهة الخطورة الاجتماعية للجرائم في سعيها إلى القضاء على الأسباب التي تؤدي إلى ارتكابها أو تقليلها، حيث إن مواجهة الظاهرة الإجرامية وخصوصًا في جرائم المخدرات تتطلب (بعد معرفة الأسباب التي تؤدي إلى انتشارها) منع الأسباب التي تؤدي إلى حدوثها أو القضاء عليها على اعتبار أن أي من هذه الجرائم تمثل تركيبًا من أسباب وعوامل شخصية واجتماعية وبيئية تؤثر وتتأثر ببعضها البعض

---

[72] - ينظر نص المادة (33) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وتتفاقم مع بعضها مؤدية إلى ارتكاب جرائم المخدرات[73], أما فيما يتعلق بالسياسة الوقائية في التشريع العراقي النافذ لمكافحة المخدرات فقد اعتمد المشرع العراقي سياسة وقائية متكاملة تعمل على الحد من انتشار المخدرات قبل وقوع الجريمة وذلك من خلال تنظيم استعمال المواد المخدرة لأغراض مشروعة ووضع قيود صارمة على تداولها وتعزيز التوعية الاجتماعية، وقد وردت السياسة الوقائية في نصوص عدة من القانون النافذ، وسنقوم بتقسيم أنواع الوقاية التي اتبعها المشرع العراقي إلى أربعة أقسام وحسب ترتيب نصوص هذه الوقاية في القانون وعلى النحو الآتي:

أولًا - الوقاية المؤسسية والتوعوية : نصت المادة ٣ من قانون المخدرات رقم 50 لسنة 2017 على تأسيس الهيئة الوطنية العليا لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية[74]، حيث أن إنشاء هذه الهيئة وتشكيلاتها الكبيرة تمثل ركيزة ونقطة انطلاق أساسية في الوقاية من المخدرات، إذ تتولى هذه الهيئة وضع الخطط الوطنية لمكافحة المخدرات والتنسيق بين الأجهزة الحكومية لهذا الغرض، فضلًا عن تنفيذ برامج توعوية وصحية وتعليمية تهدف إلى الوقاية من المخدرات، ومن أبرز مهام هذه الهيئة هي وضع السياسات العامة للوقاية من المخدرات التي لم تقتصر على الجانب الأمني فقط بل اشتملت على الجانب التثقيفي الوقائي من خلال العمل على تعزيز العلاقات مع المؤسسات التعليمية المتمثلة بوزارة التربية والتعليم العالي والإعلام والصحة بوصفها أكثر المؤسسات ارتباطًا بالمجتمع بمختلف فئاته[75], إدراكًا من المشرع بأن المواجهة

---

[73] - سعيد كاظم جاسم الموسوي، اتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة في مكافحة جرائم المخدرات - دراسة مقارنة، مصدر سابق, ص 20 .

[74] - ينضر نص المادة (3) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية النافذ رقم (50) لسنة 2017 .

[75] - بالإضافة إلى هذه اللجنة نص المشرع العراقي على تشكيل المديرية العامة لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية في المادة (6) والتي جاء فيها " اولا - تؤسس في وزارة الداخلية مديرية تسمى (المديرية العامة لشؤون المخدرات والمؤثرات العقلية) يراسها ضابط من ذوي الخبرة والاختصاص تتولى ما يأتي:
ا. مكافحة الجرائم المعاقب عليها في هذا القانون وضبط مرتكبيه
ب. ضبط المواد المخدرة والمؤثرات العقلية والسلائف الكيمائية التي بالاتجار بها بشكل مخالف لأحكام هذا القانون.
ج . التعاون مع المكتب العربي لشؤون المخدرات ومع نظيراته في الدول الاخرى ومع الهيئات الدولية والاقليمية المختصة في شؤون المخدرات والمؤثرات العقلية ومع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية(الانتربول) فيما يخص ملاحقة مرتكبي جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية وفق السياقات والضوابط القانونية وبالتنسيق مع الهيئة الوطنية العليا لمكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية.
د. توثيق البيانات عن العراقيين او الاجانب المحكومين عن جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية ومتابعة نشاطاتهم الحاضرة للوقاية من عودتهم الى ارتكاب جرائم جديدة واتخاذ التدابير القانونية اللازمة لتلك الوقاية.
هـ. مراقبة المجازين وفق هذا القانون بالاستيراد او التصدير او النقل او الصناعة او الحيازة لمواد مخدرة او مؤثرة عقليا للتأكد من التزاماتهم بحدود الضوابط المحددة في تلك الاجازة واتخاذ الاجراءات القانونية بحق المخالفين وتجري عملية الرقابة المنصوص عليها في هذه الفترة بالتنسيق بين وزارة الصحة ونقابة الصيادلة.
و. مراقبة الناقلين التجاريين لضمان عدم استخدام وسائل النقل في ارتكاب جرائم معاقب عليها بموجب هذا القانون وبالتنسيق مع الجهات المعنية...".

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

والوقاية الحقيقية من المخدرات تبدأ من التوعية المجتمعية المبكرة خاصة بين الفئات الشبابية الأكثر تأثرًا بالمخدرات ومخاطرها.

ثانيًا - السياسة الوقائية التنظيمية والرقابية : تعد الرقابة التنظيمية إحدى أهم أركان السياسة الوقائية التي أوجدها المشرع العراقي في خطوة متطورة لمواجهة خطر المخدرات، حيث تهدف هذه السياسية إلى منع وصول المواد المخدرة والمؤثرات العقلية إلى التداول غير مشروع من خلال تنظيم عمليات الإنتاج والاستيراد والحيازة والتوزيع والاستعمال ضمن ضوابط صارمة وتحت إشراف حكومي دقيق، حيث نص المشرع العراقي في المادة ٨ من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية على " لا يجوز لأي شخص طبيعي أو معنوي أن ينتج أو يصنع أو يستورد أو يصدر أو يحوز مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلائفها أو النباتات المنتجة لها إلا بعد الحصول على ترخيص من وزارة الصحة وتحت إشراف مباشر"، ومن خلال تحليل النص تتضح السياسة الوقائية الرقابية من خلال منع أي نشاط يتعلق بالمخدرات خارج الإطار القانوني المصرح به وفرض الترخيص المسبق والإشراف المباشر يشكل آلية رقابية مزدوجة، الأولى آلية رقابية أولية تتمثل في إشتراط الحصول على الترخيص في مزاولة أي عمل من الأعمال الأخرى، أما الرقابة الأخرى فهي الرقابة اللاحقة تتمثل في المتابعة والتفتيش المستمر من قبل وزارة الصحة للتأكد من الالتزام بالشروط والمعايير المحددة في منك الترخيص، ونصت المادتين (٩-١٠) على التفتيش والرقابة الميدانية وتنظيم المخازن وحماية المواد المخدرة، إذ تجيز للجهات المختصة القيام بحملات تفتيش للأماكن المصرح لها بالتعامل بالمواد المخدرة للتأكد من سلامة تطبيق الشروط طبقًا للقانون، إذ تحقق نوع من الردع الوقائي وان كان بصورة غير مباشرة يتمثل التفتيش الدوري لضمان الالتزام بالقانون وعدم مخالفته، فضلًا عن أن حفظ المواد المخدرة في أماكن خاصة مؤمنة إضافة إلى الاطلاع الدوري على السجلات الخاصة بالمواد المخدرة والكشوفات والمذاخر والوصفات الطبية، يمثل اهتمام المشرع بالجوانب الامنية في عملية الرقابة كإجراء وقائي لمصادرة المواد المخدرة في حال عدم الامتثال لهذا القانون وبالتالي الحد من عملية انتشارها وتقليل الإضرار المترتبة عليها[76].

ثالثًا - الوقاية الردعية (التجريم والعقاب) : سبق أن بينا بأن المشرع العراقي اتبع سياسة التجريم والعقاب في الأفعال والجرائم المتصلة بالمخدرات وشدد عليها في حالات خاصة، وهذا الاتجاه والتشديد والنص على عقوبات تصل إلى الإعدام والسجن المؤبد ما هو إلا رادع منيع لمن تسول له نفسه ارتكاب جريمة من جرائم المخدرات, إذ نص القانون (كما سبق بيانه) في المواد (27 - 34)[77] على الوقاية الردعية رغم ان

---

[76] - ينظر نصوص المواد (9 – 10 \ 22) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (50) لسنة 2017 النافذ.
[77] - ينظر نصوص المواد (27 - 34) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (50) لسنة 2017 النافذ.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

هذه النصوص تقع في الإطار العقابي إلّا إنها تؤدي وظيفة وقائية بامتياز إذ يتحقق فيها الردع العام وبذلك يكون التجريم ذاته وسيلة عقابية ووقائية هدفها منع الانخراط في السلوك الإجرامي لا مجرد معاقبته بعد وقوعه.

رابعًا ـ الوقاية المجتمعية والتعليمية : اعتمد المشرع العراقي في المادة ٥ من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧ سياسية وقائية شاملة تهدف إلى الحد من انتشار المخدرات قبل وقوع جرائمها، من خلال التوعية المجتمعية عبر إقامة فعاليات وطنية ونشاطات ثقافية في مختلف الوزارات تهدف إلى التذكير بمخاطر المخدرات والتحذير منها، فضلًا عن الوقاية والتثقيف الأكاديمي من خلال تعزيز نشر البحوث التي تهدف إلى إجراء دراسات علمية عن المخدرات وإعطاء الحلول المناسبة لمكافحتها، فضلًا عن تطوير المؤسسات الصحية لتكون مؤسسات تمثل ملاذاً آمنًا للمدمنين للتراجع عن التعاطي والاتجاه إلى التعافي منه[78].

خلال ما تقدم يتضح لنا تأكيد المشرع العراقي في قانون المخدرات النافذ على السياسة الوقائية من خلال النص على منظومة متكاملة من التدابير الوقائية التي تجمع بين الردع القانوني والتثقيف الاجتماعي لتحقيق وقاية شاملة تمنع وقوع الجريمة وتقضي على البيئات المنتجة لها والأسباب المهيئة لها.

الفرع الثاني
السياسة العلاجية للمشرع العراقي

تعد السياسة العلاجية إحدى الأركان الأساسية في منظومة مكافحة المخدرات من خلال عملها الهادف إلى معالجة المتعاطين، وقد اتجه المشرع العراقي في قانون المخدرات والمؤثرات العقلية رقم 50 لسنة 2017 إلى تبني نهج علاجي تأهيلي إلى جانب النهج العقابي والوقائي، وبما ينسجم مع التوجهات الحديثة في التشريعات الجنائية التي تسعى إلى إعادة ادماج المدمن في المجتمع وتحويله من عضو خطر إلى عضو منتج، وتبرز أهمية هذه السياسية في كونها تعالج جذور ظاهرة تعاطي المخدرات بدلًا من الاكتفاء بملاحقة

---

78 ـ إذ جاء ذلك في المادة (5) التي نص فيها المشرع العراقي على " : التنسيق والتعاون بين الوزارات والجهات المختصة في شؤون المخدرات والمؤثرات العقلية وبين الجهات الرسمية العربية والدولية ومنظمات المجتمع المدني المختصة في تلك الشؤون لتحقيق اهداف هذا القانون. ثالثا: وضع الاستراتيجية الوطنية الشاملة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات وسوء استعمال المؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية واعداد الخطط والبرامج لتنفيذها في الاقليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم من خلال لجان محلية تشكل في كل محافظة واقليم. رابعا: اتخاذ الاجراءات اللازمة لمكافحة ظاهرة تعاطي المخدرات وسوء استعمال المؤثرات العقلية وفق المنهج العلمي والاصلاحي والعلاجي للمدمنين. خامسا: تحديد كمية المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية التي يجوز استيرادها او تصديرها او نقلها او انتاجها او زراعتها سنويا للأغراض العلمية والطبية. سادسا: تنظيم الاحتفال الوطني السنوي باليوم العالمي لمكافحة المخدرات بهدف نشر التوعية العامة بمخاطر تعاطي المخدرات او الاتجار غير المشروع بها او سوء استعمال المخدرات والمؤثرات العقلية والسلائف الكيميائية. سابعا: تشجيع الدراسات والبحوث العلمية في مختلف مجالات مكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية وسوء استعمالها واجراء مسابقة سنوية ومنح الفائزين فيها مكافاة مادية وتشجيعيه وجوائز نقدية..." .

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

نتائجها عبر إعداد برامج علاجية تأهيلية تنفذ تحت إشراف مؤسسات رسمية متخصصة، وقد اوضح المشرع العراقي انتهاجه للسياسة العلاجية في مقدمة قانون المخدرات النافذ، إذ جاء ضمن الأهداف التي يسعى إلى تحقيقها هذا القانون حيث نص على " الوقاية من الإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية وسوء استعمالهما ومعالجة المدمنين على أي منهما في المصحات والمستشفيات المؤهلة للعلاج"[79] ومن خلال قراءه النص يظهر أن المشرع نص بعبارات واضحة تبين آلية علاج المدمنين معتبرًا السياسة العلاجية مكملة للسياسة الوقائية ومرتبطة بها في السلسلة القانونية لمكافحة المخدرات، وورد النص على السياسة العلاجية في نصوص أخرى من القانون النافذ[80] حيث نص على تأسيس مركز لتأهيل المدمنين على التعاطي الذين يفرج عنهم بقرار قضائي أو بعد انتهاء محكوميتهم أو خروجهم من المستشفى أو توقفهم عن التردد على العيادة النفسية في وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، حيث جاء هذا النص ليجسد الجانب المؤسسي للسياسة العلاجية، إذ ألزم المشرع وزارة العمل والشؤون الاجتماعية بإنشاء مراكز تأهيل متخصصة للمدمنين بعد الإفراج عنهم أو انتهاء علاجهم ويمثل هذا التوجه أتباع لمرحلة الرعاية اللاحقة التي تعد امتدادًا للعملية العلاجية وتهدف إلى منع الانتكاس والعودة إلى التعاطي من خلال الدعم المجتمعي والنفسي المستمر، كما أجازت للمراكز الاستعانة بأخصائيين نفسيين واجتماعيين ومرشدين دينيين، في تأكيد على أن معالجة الإدمان لا تقتصر على الجانب الطبي بل تشمل البعد الروحي والاجتماعي أيضًا، كما ان التنسيق بين وزارتي العمل والصحة يعبر عن رؤية متكاملة توحد الجهود الطبية والاجتماعية لإعادة اندماج المدمن في المجتمع بعد شفائه، بالإضافة إلى ذلك نص المشرع العراقي على تأهيل المتعاطين من خلال تعلم مهنة تتلاءم مع مؤهلاتهم بما يؤمن مصدر دخل لهم، وهذا يدلل على اهتمام المشرع بالتأهيل المهني وإدراكه بأن أحد أسباب العودة إلى التعاطي هو البطالة وانعدام فرص العمل، وهو ما يتلاءم مع العدالة الاصلاحية والعلاجية، ويُظهر النص توجه المشرّع نحو العدالة الإصلاحية التي تراعي إنسانية المدمن وتسعى إلى إعادة تأهيله بدلًا من عزله، مما يعكس رؤية تشريعية متقدمة لتحقيق الوقاية والعلاج في آنٍ واحد.

---

[79] - ينظر نصوص المادة (خامسًا \ 2) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (50) لسنة 2017 النافذ.
[80] - ينظر نصوص المادة (7) من قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم (50) لسنة 2017 النافذ.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

الخاتمة

توصلنا في ختام بحثنا إلى جملة نتائج وتوصيات تلخصت في الآتي :

النتائج

1. أظهر البحث أن المشرّع العراقي تعامل مع جرائم المخدرات بوصفها من أخطر الجرائم التي تهدد أمن المجتمع واستقراره، ولذلك أحاطها بمنظومة تشريعية صارمة ومتعددة الجوانب.
2. تبين أن السياسة العقابية في التشريع العراقي تتسم بالتدرج، إذ لم تقتصر على العقوبات البدنية مثل الإعدام أو العقوبات السالبة للحرية، بل شملت عقوبات تكميلية وتدابير احترازية تراعي خطورة الفعل الإجرامي وظروف الجاني.
3. لاحظ البحث أن النصوص القانونية الحالية، رغم شمولها وتنوعها، ما زالت بحاجة إلى مراجعة وتحديث لمواكبة التطور في أساليب الإتجار وتعاطي المخدرات الحديثة.
4. أكد البحث على أن نجاح السياسة التشريعية يعتمد بدرجة كبيرة على التطبيق العملي للقوانين ومدى كفاءة الجهات المختصة في إنفاذها.

المقترحات

1. تحديث التشريعات الخاصة بمكافحة المخدرات بما ينسجم مع التطورات التقنية والقانونية الحديثة، وخاصة ما يتعلق بالجرائم الإلكترونية المرتبطة بتجارة المخدرات.
2. تعزيز الدور الوقائي من خلال برامج توعية وطنية في المدارس والجامعات ووسائل الإعلام، تركز على مخاطر التعاطي والإتجار.
3. إنشاء قاعدة بيانات وطنية موحدة لتوثيق ومتابعة جرائم المخدرات، تسهّل عملية التحليل الإحصائي ووضع السياسات الوقائية والعلاجية المستندة إلى بيانات دقيقة.
4. تشجيع البحث العلمي في مجالات علم الجريمة، وعلم الاجتماع، والطب النفسي، لتطوير حلول علمية وواقعية لمشكلة المخدرات.

المصادر و المراجع

– الكتب :

1. ابن منظور, لسان العرب , دار المعارف, الجزء 2 , 1994 .
2. جبيري ياسين, المخدرات والمجتمع – دراسة قانونية فقيهة نفسية اجتماعية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2020.
3. حسن علي الذنون, الحقوق العينية الأصلية, شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة, بغداد, 1954.
4. سعد الدين مسعد هلالي, التأصيل الشرعي للمخدرات – دراسة فقهية مقارنة, المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية, الكويت, 2001.
5. مجدي محمود محب حافظ, موسوعة الفقه والقضاء في المخدرات, الجزء الأول, دار العدالة, القاهرة, 2013.
6. محمد رمضان محمد, المخدرات والمكافحة الدولية والإقليمية والمحلية, دار النهضة العربية, الطبعة الأولى, القاهرة, 2012.
7. مصطفى يوسف, المخدرات والمجتمع نضرة تكاملية, المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب, الكويت, 1996.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

8. محمود رجب فتح الله, الوسيط في جرائم المخدرات وفقًا لأحدث أحكام محكمة النقض علمًا وعملًا, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, 2021.
9. موفق حماد عبد, جرائم المخدرات – دراسة فقهية قضائية مقارنة, مكتبة السنهوري, الطبعة الأولى, 2013.

– رسائل الماجستير :

1. قراوي بختة, جريمة المخدرات, مذكرة ماجستير, كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة أبن باديس, 2016 – 2017 .
2. سعيد كاظم جاسم الموسوي، اتجاهات السياسية الجنائية المعاصرة في مكافحة جرائم المخدرات - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة المستنصرية، ٢٠١٤.
3. عيشاوي محمد شمس الدين, منصوري الوردي, جرائم المخدرات, مذكرة ماجستير, معهد الحقوق والعلوم السياسية, جامعة قاصدي مرباح ورقلة, 2020 – 2021 .
4. محمد عبد الناصر كامل عياش, حجية الاعتراف وأثر بطلانه في أثبات المخدرات – دراسة مقارن مع الشريعة الإسلامية, رسالة ماجستير, كلية الشريعة والقانون, الجامعة الإسلامية بغزة, 2018.
5. محمد فتحي محمد, بنية النظام الخيالي لدى مدمنين المخدرات والمسكنات – دراسة اكلينيكة في ضوء مفاهيم التحليل النفسي اللاكاني, رسالة ماجستير, كلية الآداب – جامعة الزقازيق, 2009.

– الدوريات :

1. أثير هاني حرز, استراتيجيات التعاون الدولي في مكافحة تجارة المخدرات, مجلة قضايا سياسية, العدد 79, 2024.
2. إسماعيل نعمة عبود, محمد حسون عبيد, أسباب وأثار تعاطي المخدرات, مجلة العلوم الإنسانية, المجلد 23, العدد 4, 2016 .
3. اياد محسن ضمد, مكافحة المخدرات في القانون العراقي, مركز البيان للدراسات والتخطيط, بغداد, 2017.
4. إيمان بلحمزة, مفهوم المخدرات تصنيفها وأهم أنواعها, مجلة القبس للدراسات النفسية والاجتماعية, المجلد (5), العدد (17), 2023.
5. تهمار مريم, المخدرات وتأثيرها على الجانب النفسي للمتعاطي, مجلة حمورابي, العدد (43) السنة الحادية عشرة, 2022.
6. جعفر شاكر احسين, محمد جبار راتويه, المواجهة التجريمية للمخدرات والمؤثرات العقلية – دراسة مقارنة, مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة, المجلد 1, العدد 1, 2020.
7. راسم مسير جاسم الشمري, خطر المواد المخدرة ومكافحتها من خلال بتفعيل التشريع والقضاء, مجلة المنصور, العدد 20 , عدد خاص بالمؤتمر رقم (12), 2013.
8. عبد الباقي عجيلان, مخاطر المخدرات, كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية, جامعة محمد لمين دباغين سطيف, مجموعة محاضرات في مقياس مخاطر المخدرات ملقاة على طلبة المرحلة الثالثة في تخصص التاريخ, 2017 – 2018 .
9. فارس أحمد الدليمي, الإتجار غير المشروع في القواعد القانونية الدولية, مجلة الجامعة العراقية, العدد 57, الجزء الأول, 2022.
10. كمال يوزيدي, المخدرات بين المخاطر والعلاج, مجلة العلوم الإسلامية والصراط, السنة الخامسة, العدد 10, 2004 .
11. محمد فتحي عبد, تعاطي المخدرات والإدمان عليها – الماهية – الخلفية – التطور, ندوة علمية بعنوان المخدرات والأمن الاجتماعي, مركز الدراسات والبحوث, جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية, السويس, 2009 .
12. مكافحة جرائم المخدرات في النظام الإسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية, المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض, الرياض, 1991 .
13. منى عبد العالي موسى الراشدي, جريمة حيازة المواد المخدرة أو المؤثرات العقلية أو السلائف الكيميائية بقصد الإتجار – دراسة مقارنة, مجلة رسالة الحقوق, السنة الرابعة عشر, العدد الثاني, 2022.
14. ئاسو صالح سعيد, سمير عبد الجبار عبد المجيد, المخدات الموت الزاحف, كتيب صادر عن اللجنة الفرعية لمكافحة المخدرات في قسم الدراسات والتخطيط, وزارة التعليم العالي والبحث العلمي, 2005.

– القوانين :

1. القانون رقم (182) لسنة 1961 من القانون المصري بشأن المخدرات وتنظيم استعمالها والإتجار بها .
2. قانون المخدرات رقم (68) لسنة 1965 العراقي الملغي.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

3. نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية في المملكة العربية السعودية لسنة 2005.
4. قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٧ العراقي النافذ.

المصادر الإلكترونية :

1. إعادة تأهيل مدمني المخدرات والكحول في ماساتشوستس - سبرينغ هيل للتعافي https://springhillrecovery.com/ تاريخ الزيارة (2025 \ 8 \ 16) .
2. الدكتور مسلم طاهر حسون الحسيني، مواجهة جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية في التشريع العراقي, مقال منشور على شبكة الانترنيت https://kerbalacss.uokerbala.edu.iq/wp/blog/2024/06 , 02/%D9%85%D9%88%D8%A7%D8%AC%D9%87%D8%A9-%D8%AC%D8%B1%D8%A7%D8%A6%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%AF%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%A4%D8%AB%D8%B1%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%B9/ , تاريخ الزيارة. (2025 \ 9 \ 29)
3. Heroin | Definition, Effects, Abuse, & Facts | Britannica https://share.google/4w4QUe0FUthQ00rPT, Date of visit (15 \ 8 \ 2025).

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

عَدَم الاخْتِصَاص النَّوْعِيّ كَأدَاةٍ لِضَبْطِ الوَظِيفَة الإجْرَائِيَّة

"دِرَاسَة تَحْلِيلِيَّة تَطْبِيقِيَّة"

Lack of Subject-Matter Jurisdiction as a Tool for Regulating Procedural Function "An Analytical and Applied Study"

م.د علي هادي جهاد*

جامعة المثنى/ كلية القانون

تاريخ الإرسال: 2025\10\21 تاريخ القبول: 2025\12\22 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

الدفع بعدم الاختصاص النوعي هو وسيلة قانونية يُثيرها أحد أطراف الدعوى، وغالبًا ما يكون المدعى عليه، للطعن في اختصاص المحكمة التي تنظر النزاع من حيث نوع القضية، أي ما إذا كانت المحكمة المختصة هي مدنية أو جزائية أو إدارية أو تجارية، وليس من حيث المكان أو القيمة. تلتزم المحكمة بالتحقق من اختصاصها النوعي من تلقاء نفسها، ولو لم يُثره الخصوم، لأن المسألة تتعلق بالنظام العام. وعند ثبوت الدفع، تقضي المحكمة بعدم اختصاصها وتحيل الدعوى إلى المحكمة المختصة إن كان ذلك ممكناً وتكمن الإشكالية عندما يتحول الدفع بعدم الاختصاص النوعي من وسيلة إجرائية للطعن في صحة نظر الدعوى إلى أداة لضبط الفاعلية الوظيفية للإجراءات القضائية نفسها وأن الاختصاص النوعي ليس مجرد قاعدة شكلية، بل ضمانات للحفاظ على توزيع القضايا بما يتلاءم مع طبيعة كل محكمة .

الكلمات الافتتاحية: عدم الاختصاص، النوعي، أداة، ضبط، الوظيفة الإجرائية.

Abstract

The plea of lack of subject-matter jurisdiction is a legal means raised by one of the parties to a lawsuit, often the defendant, to challenge the jurisdiction of the court hearing the dispute based on the type of case—that is, whether the competent court is civil, criminal, administrative, or commercial—rather than on the location or value of the case. The court is obligated to verify its subject-matter jurisdiction on its own initiative, even if it is not raised by the parties, as the

---

* Email : **ali.jihad@mu.edu.iq**

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

issue relates to public order. When the plea is proven, the court rules that it lacks jurisdiction and refers the case to the competent court, if possible.

Keywords: Lack of Subject-Matter Jurisdiction, Tool, Regulating, Procedural Function

مقدمة

لا شك أن حاجة الإنسان إلى القانون حاجة ملحة وضرورية ، فهو لا يشعر بالأمن ، ولا يعرف حقوقه ، ولا ما يترتب عليه من التزامات ، من دون وجود قانون يكفل تنظيم حياته, كما أن وجود سلطة يمكن أن يلجأ إليها ليطلب منها حماية حقوقه عند التعدي عليها ، أمر يلازم ضرورة وجود ذلك القانون ، لأن العدالة الذاتية – وإن لم تكن ضرباً من الخيال ، لوجود حالات كثيرة ينال فيها الأشخاص حقوقهم بالتراضي دون تدخل طرف ثالث – قد تفضي إلى الفوضى ، من خلال اللجوء للقوة لفرض ما يعتقده الإنسان لحماية حقوقه أو استيفائها, لذا فإن القانون يستهدف بالضرورة تحقيق العدل من خلال القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية على حد سواء ، تلك القواعد التي تعالج جوانب الحياة المختلفة .

وقد لا يجدي نفعاً أن تكون القواعد القانونية الموضوعية عادلة في مضمونها ، ما لم تكُ هناك قواعد قانونية إجرائية عادلة أيضاً ، لأن بعض الخصوم قد يَنفُذون من بعض ثغرات القواعد القانونية الاجرائية لتعطيل تطبيق نصوص القواعد القانونية الموضوعية ، من خلال الاستفادة من أخطاء خصومهم ، أو الاستفادة من اختلاف وجهات النظر القانونية في جوانب تفصيلية في حالات دقيقة من تطبيقات القانون ، وفقاً لثقافة الخصوم أو وكلائهم ، مما قد يؤدي في بعض الحالات إلى إعاقة بعض المتخاصمين من الوصول إلى حقوقهم الموضوعية المشروعة.

أهمية البحث: إن أهمية الدراسة تنبع من أهمية موضوعه ، من حيث قيمته النظرية ، والحاجة له على مستوى التطبيق العملي في قانون المرافعات. ولا شك إن الاستجابة الى الدفع بعدم الاختصاص النوعي يعني إحالة الدعوى على محكمة أخرى لا تتحد معها في الاختصاص النوعي نفسه . ولا يخفى على ما في هذا الدفع من أهمية تتعلق بنفقات الانتقال وقرب وبعد المحكمة واختلاف شخص القاضي واعوانه الذين يباشرون النظر بالدعوى ، وما يحظى به كل دفع من طرق طعن يمكن للخصوم ممارستها عند رفض طلبهم . إضافة إلى أن مخالفة الاختصاص النوعي له آثار خطيرة على القيمة القانونية للأحكام القضائية عند صدورها من محاكم غير مختصة نوعياً.

مشكلة البحث : تتركز مشكلة الدراسة حول معالجة النظام القانوني لدفع بعدم اختصاص المحاكم المدنية والنوعي بشكل عام ، من حيث النصوص القانونية التي تنظمه، والقصور التشريعي الذي يعتريه ، وبيان دور القضاء في سد النقص التشريعي الذي أعترى نظامه القانوني في جوانبه المتعددة . وابراز الدور التطبيقي في تحديد الاختصاص المكاني والنوعي للمحاكم المدنية حيث يعد الدفع بعدم الاختصاص

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

النوعي من مجرد وسيلة اجرائية للطعن في صحة نظر الدعوى ، إلى أداة لضبط الفاعلية الوظيفية للإجراءات القضائية نفسها.

منهج البحث: يعتمد البحث على المنهج التحليلي في دراسة النصوص القانونية ، وما طرحه الفقه بخصوص موضوع الدراسة ، كما تقوم الدراسة باعتماد المنهج التطبيقي العملي بالإشارة لحلول القضاء في المسائل التفصيلية التي ترتبط بخطة البحث ، وبيان الثغرات القانونية والعملية لمشكلة الدراسة التي تم بيانها .

هيكلية البحث: قسمنا هذه الدراسة على ثلاثة مطالب نتناول فيها ما يلي:-

المطلب الأول: مفهوم الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

المطلب الثاني: الاختصاص النوعي للمحاكم المدنية.

المطلب الثالث: آثار الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام الدعاوى المدنية.

المطلب الأول

مفهوم عدم الاختصاص النوعي

يحدد القانون اختصاص محكمة ما ويقع عليها من القضايا التي يحق لها الفصل فيها وفق القواعد القانونية التي تراعي في هذا المجال تنوع الاختصاص وتعدد المحاكم بما فيها الاختصاص النوعي في سبيل تحقيق مبدأ الاقتصاد في الإجراءات وتيسير التقاضي وحسن سير العدالة.

وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين، فأما الفرع الأول فيتناول تعريف الاختصاص النوعي ، وأما الفرع الثاني فيُخصص لدراسة تتميز الاختصاص النوعي مما يشتبه به من أوضاع قانونية :

الفرع الأول

تعريف عدم الاختصاص النوعي

تتحدد ولاية جهة المحاكم بطريقة سلبية, فالأصل أن لهذه الجهة ولاية القضاء في الدولة ، باستثناء ما يخرج من ولايتها . وقد يحدث هذا الخروج بصفة عامة من قضاء الدولة, فتخرج الدعوى بالتالي من ولاية جهة المحاكم في الدولة . وقد تدخل في ولاية القضاء بالدولة، ولكن في ولاية جهة أخرى ، أو في ولاية محكمة استثنائية, فتخرج لهذا من ولاية جهة المحاكم [1].

---

[1] د. فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني ، ج/1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 ، ص457.

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وتطبيقاً لما تقدم يخرج عن ولاية القضاء القضايا هما : بعض القضايا ذات العنصر الأجنبي ، وأعمال البرلمان أو ما يحال للتحكيم . وهناك من القضايا تخرج عن ولاية جهة المحاكم لولاية القضاء الإداري . إن بعض الدول تعرف إلى جانب جهة المحاكم التي لها ولاية القضاء المدني والجنائي ، جهة أخرى تعرف بجهة القضاء الإداري ، لها ولاية القضاء الإداري . وقد ظهرت فكرة استقلال جهة القضاء الإداري عن جهة القضاء العادية في فرنسا ، منذ الثورة الفرنسية ، كتطبيق لمبدأ الفصل بين السلطات ، الذي نادت به هذه الثورة . فقد فُهم هذا المبدأ على أنه ما دامت السلطة الإدارية مستقلة عن السلطة القضائية ، فيجب ، ألّا تتدخل هذه الأخيرة في منازعاتها . ومن الواضح فساد هذا الفهم ، إذ مبدأ الفصل بين السلطات كان يوجب ترك القضاء أياً كان للسلطة القضائية ، كما أن من المقرر الآن من ناحية أخرى أن جهة القضاء الإداري ليست فرعاً من الإدارة ، بل هي جهة قضائية ، تكون جزءاً من السلطة القضائية (2) .

ووفقاً لما تقدم يخرج عن موضوع بحثنا بعض القضايا ذات العنصر الأجنبي التي تخرج بصورة مطلقة عن ولاية القضاء ، كما يخرج عن بحثنا المنازعات التي تختص بها جهة القضاء الإداري .

يعرف الاختصاص النوعي على أنه " تحديد ولاية المحكمة في النظر في نوع معين من الدعاوي وهذا النوع من الاختصاص يعتبر من النظام العام. وهذا يعني أن المحاكم ملزمة بقواعد الاختصاص وليس لها الخروج عليها. كما لا يمكن للأطراف الاتفاق على خلافها، ويقع باطلاً كل اتفاق من هذا القبيل"3.

ويعرف الدفع بعدم الاختصاص النوعي على أنه " أجراء شكلي يمنع المحاكم من نظر الدعاوي التي لا تدخل اختصاصاتها، ولهذا يرى بانه " طلب الخصم- أو من له مصلحة في ذلك- منع المحكمة من نظر الدعوى محل الدفع، لعدم اختصاصها نوعيا بنظرها، أو قضاء المحكمة من تلقاء نفسها بعد الاختصاص المقرر قانوناً4.

مما يتضح من هذا التعريف أن الدفع بعدم الاختصاص النوعي من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يمكن التسمك بها في أي مرحلة كانت الدعوى ويجوز طلب ابطال الدعوى بسببه ، وكل ما يتفق من اتفاق بين الخصوم على خلاف ذلك لا يعتد فهو باطل.

2) د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص461.
3 د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط1، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، ص 88.
4 د. احمد ابو الوفاء ،أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص277.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وبالرجوع الى قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل نجد انه نظام أحكام الاختصاص النوعي في المواد (77، 79)[5] ، إلا انه عزف عن تعريف الاختصاص النوعي والدفع بعدم الاختصاص النوعي وتاركاً ذلك للفقه .

الفرع الثاني

تمييز الدفع بعدم الاختصاص النوعي عما يشتبه به من نظم قانونية أخرى

تمييز الدفع بعدم الاختصاص النوعي يقتضي منا التفريق بينه وبين الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بعدم قبول الدعوى وفق ما يلي :-

أولا : التمييز بين الدفع بعدم الاختصاص المكاني والدفع بعدم الاختصاص النوعي :

يقصد بالاختصاص المكاني أو المحلي ، هو تحديد أي محكمة من محاكم الدرجة الأولى التي من نفس المكان - والتي تتوزع في الدولة إقليماً - يجب الالتجاء إليها . ويضع المشرع قاعدة عامة تحدد المحكمة المختصة محلياً على أساسها ، ثم يضع قواعد خاصة بالنسبة لدعاوى معينة [6] . فقواعد الاختصاص المكاني هي تلك القواعد التي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الطبقة الواحدة على أساس جغرافي ، أو مكاني ، أو نصيب كل محكمة من المحاكم من المنازعات محدداً على أساس إقليمي ، ويسمى ذلك بدائرة اختصاص المحكمة .وحيث لا يجوز للمحكمة أن تثير الدفع بعدم الاختصاص المكاني من تلقاء نفسها ويجب أن يثيره الخصم قبل الدخول في أساس الدعوى وهي ليس من النظام العام وقد راعى المشرع وهو بصدد وضع قواعد الاختصاص المحلي اعتبارين : الأول ، هو مراعاة الطرف الأولى بالرعاية من بين أطراف الدعوى ، وذلك بجعل الاختصاص للمحكمة القريبة منه في حالات معينة . والثاني ، هو حسن سير القضاء ، وذلك بجعل الاختصاص للمحكمة الأقرب إلى محل النزاع في حالات أخرى [7].

أما الاختصاص النوعي فيرمي إلى تحديد اختصاص المحكمة بدعاوى معينة بالنظر إلى طبيعة الرابطة القانونية محل الحماية بصرف النظر عن قيمتها [8] . وهو الاختصاص التعلق بنوع الدعوى . ويقصد به سلطة المحاكم بالفصل في المنازعات بحسب نوعها ، وهذا الاختصاص يستند إلى أن المحاكم في الأنظمة القضائية المختلفة تكون متعددة ، فمثلاً في العراق تختص محكمة الأحوال الشخصية بنظر الدعاوى المتعلقة

---

5 ينظُر: المواد اعلاه نصت المادة (77) على أن " الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب عدم ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها. ويجوز ابداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى". اما المادة (79) جاء فيها " إذا رات المحكمة المحالة عليها الدعوى انها لا تختص بنظرها فيكون قرارها قابلاً للطعن تمييزاً".

6 د. فتحي والي ، مصدر سابق ، ص581.

7 د. علي بركات، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016 ، ص333.

8 د. علي بركات، المصدر نفسه ، ص570.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

بالأحوال الشخصية ، ومحكمة العمل تختص بالفصل في الدعاوى المنصوص عليها في قانون العمل ، وتختص محكمة البداءة بنظر الدعاوى البدائية التي نص عليها القانون ، أما محكمة التمييز ، فهي على رأس هذه المحاكم وتمارس الرقابة على جميع هذه المحاكم ، وهكذا ، فإن لكل محكمة سلطة أو ولاية محددة للفصل في نوع أو أكثر من الدعاوى ، ولا يستطيع تخطي هذه الولاية ، فالاختصاص النوعي للمحاكم يشمل المنازعات التي تختص بها كل محكمة من هذه المحاكم بحسب نوع الدعاوى [9].

ثانياً : التمييز بين الدفع بعدم الاختصاص النوعي والدفع بعدم قبول الدعوى:

كل من الدفع بعدم الاختصاص النوعي والدفع بعدم قبول الدعوى يعد وسيلة منحها القانون للخصم التمسك بها من قبله أو من يمثله بهدف منع المحكمة من نظر في الدعوى وعدم إصدار الحكم والفصل فيها ، وكلاهما من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التي يمكن إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء من قبل المحكمة نفسها أو من قبل الخصوم، أو كل ذي مصلحة[10].

يختلف كلاهما عن الآخر بان الدفع بعدم الاختصاص النوعي يتعلق بقواعد الاختصاص كون الدعوى أصلاً ليس من اختصاصها مما يتوجب على المحكمة الامتناع عن نظر الدعوى المقامة أمامها بسبب انتفاء سلطتها، بينما الدفع بعدم قبول الدعوى ، فالدعوى المقامة هي من اختصاص المحكمة في الأصل لكن انعدام أحد شروط إقامتها وهي انعدام المصلحة أو سبق وان صدر حكم في موضوع الدعوى لذات السبب والخصوم نفسهم، أو تكون الدعوى المقامة من غير صفة[11].

المطلب الثاني

الاختصاص النوعي للمحاكم المدنية

نقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول ، الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى ، وفي الفرع الثاني ، نتعرض إلى الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الثانية .

الفرع الاول

الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الأولى

يعرف الاختصاص النوعي بأنه ، توزيع العمل بين طبقات المحاكم داخل الجهة القضائية الواحدة على أساس نوع الدعوى ، كأن تكون مدنيّة ، أو تجاريّة ، أو أحوال شخصيّة ، وغيرها ، بغض النظر عن قيمة

---

[9] د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون المرافعات ، ط1، دار السنهوري، بغداد، 2015 ، ص116.
10 د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011، ص161.
11 د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص 343.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الدعوى ذاتها . أي بمعنى أن تختص كل طبقة من طبقات المحاكم بنظر نوع معين من القضايا دون غيرها [12] . ومحاكم الدرجة الاولى في العراق هي: محكمة الأحوال الشخصية ، ومحكمة المواد الشخصية ، ومحكمة العمل ، ومحكمة الكمارك ، ومحكمة الخدمات المالية ، ومحاكم البداءة المتخصصة ، وهي : محكمة الاستثمار ، والمحكمة التجارية ، ومحكمة البداءة المختصة في دعاوى المقاولات ، ومحكمة حماية المستهلك ، ومحكمة الإفلاس . ومحكمة البداءة [13] . ونتناول الاختصاص النوعي لهذه المحاكم بشيء من التفصيل.

أولاً :محكمة الأحوال الشخصية : ينص قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 على أنه ((تشكل محكمة أحوال شخصية ، أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة)) [14] . وينص القانون أيضاً ، على أن ((تنعقد محكمة الأحوال الشخصية من قاض واحد ، وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية وفقاً لأحكام القانون)) [15] . ((ويعتبر قاضي محكمة البداءة المسلم قاضياً لمحكمة الأحوال الشخصية ، إن لم يكن لها قاض خاص)) [16] . وينص قانون المرافعات المدنية ، على أن تختص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في الأمور التالية :-

1- الزواج ، وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر أمور الزوجية.
2- الدعاوى المتعلقة بأثاث بيت الزوجية.
3- الولاية والوصايا والقيمومة والوصية ونصب القيم ، أو الوصي وعزله ومحاسبته والاذن له بالتصرفات الشرعية والقانونية.
4- التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك.
5- الحجر ورفعه وإثبات الرشد.
6- إثبات الوفاة وتحرير التركات وتعيين الحصص الإرثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة.
7- المفقود وما يتعلق به)) [17] .

---

[12] د. احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بدون دار طبع ، القاهرة ، 2008 ، ص397.
[13] د. عماد حسن سلمان ، شرح قانون المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص85 وما بعدها.
[14] المادة (26) من قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 المعدل.
[15] المادة (28/أولاً) من قانون التنظيم القضائي اعلاه.
[16] المادة (28/ثانياً) من قانون التنظيم القضائي اعلاه.
[17] المادة (300) من قانون المرافعات المدنية.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

((وتنظم محكمة الأحوال الشخصية حجج الوصايا والوقف والحجج الأخرى التي تختص بها وتسجلها وفق القانون وتصادق على الوكالات المتعلقة بالدعاوى التي تقام لديها)) [18] . ((وتختص محكمة الأحوال الشخصية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة مؤقتة ، أو بتعيين أمين على محضون متنازع حضانته يقوم برعايته والمحافظة عليه ، إذا قام لديها من الأسباب ما يخشى منه خطر عاجل على طالب النفقة ، أو على بقاء المحضون تحت يد حاضنه حتى يبت في أساس الدعوى ، كما تختص بغير ذلك من الأمور المستعجلة الداخلة في اختصاصها)) [19] .

وكذلك تختص محكمة الأحوال الشخصية بدعاوى اجور المحاماة المنظورة أمامها [20] . كما تختص بالنظر في الدعاوى والطلبات التي تنص عليها القوانين الأخرى ، وهي :-

1- تبديل الدين من غير الإسلام إلى الإسلام [21]
2- نصب قيم على السجين لأكثر من خمس سنوات ، والمحكوم بالإعدام ، والإذن للقيم بالتصرفات في أموال السجين [22] .
3- الاعتراض على قرار لجنة الأسرة المتضمن عدم منح راتب الرعاية الاجتماعية خلال شهرين من تاريخ التبليغ به لدى محكمة الأحوال الشخصية المختصة [23] ، ويعد الاعتراض من القضايا المستعجلة . وللمحكمة تأييد قرار اللجنة المذكورة أو إبطاله [24] .

ثانياً : محكمة المواد الشخصية : تتولى محكمة البداءة بصفتها محكمة مواد شخصية النظر في قضايا الأحوال الشخصية للعراقيين غير المسلمين وللأجانب غير المسلمين والاجانب المسلمين الذي يطبق على أحوالهم الشخصية قانون مدني ، وليس أحكام الشريعة الاسلامية [25]. وهذه المحكمة لم يرد اسمها ضمن

---

[18] المادة (301) من قانون المرافعات المدنية.
[19] المادة (302) من قانون الأحوال الشخصية.
[20] انظر القرار المرقم 250/الهيئة الموسعة المدنية/2018 في 2018/7/22 المتضمن ((ان المحكمة المختصة بنظر دعوى المطالبة بأتعاب المحاماة هي المحكمة التي نظرت أصل الدعوى باتعاب المحاماة عنها باستثناء محاكم الجزاء والاستئناف والتمييز ، عملاً باحكام المادة (40) من قانون المرافعات المدنية)) . سعد جريان ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2018 ، ج/3 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ص21.
[21] محمد حسن كشكول وعباس السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ، ط/2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2011 ، ص15. د. سلام عبد الزهرة ، ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، مؤسسة النبراس للطباعة ، بغداد ، 2015 ، ص11.
[22] المادة (97و98) من قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969.
[23] محمد حسن كشكول ، عباس السعدي شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ، مصدر سابق ، ص15. انظر نص المادة (19/ثانياً) من قانون الرعاية الاجتماعية رقم (126) لسنة 1980.
[24] المادة (181) من قانون المرافعات المدنية. محمد حسن كشكول ، عباس السعدي شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ، المصدر نفسه ، ص15.
[25] د. عصمت عبد المجيد بكر ، اصول المرافعات اصول المرافعات المدنية ، منشورات جامعة جيهان الأهلية ، اربيل ، 2013 ، ص200.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

محاكم الدرجة الأولى في قانون التنظيم القضائي ، ويطلق عليها عرفاً اسم محكمة المواد الشخصية ، ويرجع الأصل التاريخي لإنشاء هذه المحكمة إلى المادة (11) من بيان المحاكم الصادر عام 1917 التي تنص على اختصاص المحاكم المدنية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية كافة باستثناء ما تختص به المحكمة الشرعية [26] الإسلامية من المواد والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية [27] .

ثالثاً : محكمة العمل : نص قانون العمل على أن ((تشكل محكمة عمل ، أو أكثر في كل محافظة ، مما يأتي:

أولاً قاضي يرشحه رئيس مجلس القضاء الأعلى بناءً على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف[28].

ثانياً : ممثل عن الاتحاد العام الأكثر تمثيلاً للعمال[29].

ثالثاً : ممثل عن اتحاد أصحاب العمل الأكثر تمثيلاً [30].

وتختص محكمة العمل بالنظر فيما يأتي :-

((الدعاوى والقضايا والمنازعات المدنية والجزائية المنصوص عليها في هذا القانون ، وفي قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال والتشريعات الأخرى)) [31] ، وتختص (بالقرارات المؤقتة في الدعاوى الداخلة في اختصاصها ، وفي حالة عدم وجود محكمة عمل ، فتختص محكمة البداءة بها)) [32] ، وتختص ((بالدعاوى والمسائل الأخرى التي تنص القوانين على اختصاص محكمة العمل بها)) [33] . ((وتعد دعاوى العمل من الدعاوى المستعجلة)) [34] .

إنَّ أساس المطالبة القضائية الذي تختص به محكمة العمل وفق قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 ، هو أن يكون العامل ، الذي هو كل شخص طبيعي سواء أكان ذكراً ، أم أنثى ، أن يعمل بتوجيه وإشراف صاحب

---

26 انظر المادة (65/ثالثاً) من قانون التنظيم القضائي ، التي نصت على ((تحل عبارة (محكمة الأحوال الشخصية) محل عبارة (المحكمة الشرعية) أينما ورد ذكرها في القوانين)).
27 د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص125
28 انظر المادة (165) من قانون العمل العراقي المرقم (37) لسنة 2015.
29 انظر القرار بالعدد 187/الهيئة المدنية/2021 في 2020/1/14 المتضمن ((وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ، ذلك أن الحكم المطعون به صدر برئاسة القاضي دون حضور ممثل عن الاتحاد العام الأكثر تمثيلاً للعمال وممثل عن اتحاد أصحاب العمل الأكثر تمثيلاً خلافاً لأحكام المادة (165) من قانون العمل رقم (37) لسنة 2015 ، وبذلك يكون فاقداً للشكلية القانونية ولا يرتب أثر قانوني ما لم يصدر وتتلى مسودته بمشاركة رئيس واعضاء المحكمة)) . وقد الغيت هذه الفقرة بموجب قرار المحكمة الاتحادية رقم 65/اتحادية/2021.
30 الغيت هذه الفقرة بموجب قرار المحكمة الاتحادية رقم 65/اتحادية/2021.
31 انظر المادة (166/أولاً/أ) من قانون العمل رقم 37 لسنة 2015.
32 انظر المادة (166/أولاً/ب) من قانون العمل.
33 انظر المادة (166/أولاً/ج) من قانون العمل.
34 انظر المادة (166/ثالثاً) من قانون العمل.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

عمل وتحت إدارته ، سواء أكان يعمل بعقد مكتوب أم شفوي ، صريح أم ضمني ، وعلى سبيل التدريب ، أو الاختبار ، أو يقوم بعمل فكري ، أو بدني ، لقاء أجر ، أياً كان نوعه بموجب هذا القانون [35].

ثالثاً : المحاكم التجارية : إنَّ اختصاصات محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية تشمل النظر في دعاوى المقاولات الحكومية ، ودعاوى الاستثمار الناشئة عن تطبيق قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 ، والدعاوى التجارية التي يكون أحد أطرافها اجنبياً [36] .

تم تشكيل المحكمة التجارية في رئاسة محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية ، وقد نشر بيان تشكيلها في الجريدة الرسمية في 2010/11/29 [37] . وهي محكمة بداءة ، وتشكل من قاضي واحد ، وتكون مختصة بالنظر في الدعاوى التجارية [38] . كما تم تشكيل محكمة الاستثمار ببيان صادر من مجلس القضاء الأعلى[39] ، وتشكل من قاض واحد في مركز كل منطقة استئنافية ، والتي تختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006.

رابعاً : محاكم البداءة : محكمة البداءة هي صاحبة الاختصاص العام والشامل في نظر كافة الدعاوى ، إلا إذا نص القانون على أن منازعة ما ، من اختصاص محكمة أو جهة أخرى . وتختص محكمة البداءة بدرجة أخيرة بنظر بعض الدعاوى . كما تختص بدرجة أولى بنظر البعض الآخر من الدعاوى . وقد نص القانون على نوعية هذه الدعاوى في قانون المرافعات المدنية ، أو في قوانين أخرى . ونتناول الآن الاختصاص الحصري والعام لمحكمة البداءة فيما يلي :

أولاً : تختص محكمة البداءة بدرجة أخيرة قابلة للتمييز بالنظر في الدعاوى الآتية :

1- دعوى الدين والمنقول ، التي لا تزيد قيمتها على مليون دينار [40].
2- دعوى إزالة الشيوع في العقار ، أو المنقول مهما بلغت قيمة كل منهما.
3- تخلية المأجور مهما بلغ مقدار الأجرة.

---

[35] نشر قانون العمل في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4386) في 2015/11/9 . وقد نص في المادة (174) منه ((ينفذ هذا القانون بعد مضي (90) تسعين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية)).

[36] انظر القرار المرقم 190/الهيئة الموسعة المدنية/2019 في 2019/7/22 المتضمن ((وإذ أن اختصاصات محكمة البداءة المتخصصة بالدعاوى التجارية تشمل النظر في دعاوى المقاولات الحكومية ، ودعاوى الاستثمار الناشئة عن تطبيق قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 ، والدعاوى التجارية التي يكون أحد اطرافها اجنبياً...) . حيدر عودة كاظم ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج/4 ، ص235.

[37] نشره تشكيل المحكمة التجارية في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4169) في 2010/11/29 . وكذلك تم تشكيل محكمة تجارية في محكمة استئناف البصرة الاتحادية ونشر بيان تأسيسها في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4263) في 2012/1/14.

[38] د. عماد حسن سلمان ، شرح المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص57.

[39] تم تشكيل محكمة الاستثمار بموجب البيان المرقم (82) في 2016/8/23 الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى ، والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4421) في 2016/10/31.

[40] انظر التعديل الأخير لقانون المرافعات المدنية رقم (10) لسنة 2016.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

4- دعوى الحيازة وطلب التعويض عنها ، إذا رفعت بالتبعية ، ولم تتجاوز قيمة التعويض مليون دينار.

5- دعوى الأقساط المستحقة من الديون المقسطة ، على أن لا يزيد مقدارها على مليون دينار أو أقل ، أما إذا آلت الدعوى لإثبات أصل الدين الذي يزيد على المبلغ المذكور. فتنظرها محكمة البداءة بدعوى أولى .

6- الدعاوى الأخرى التي تنص القوانين على اختصاص محكمة البداءة بها[41].

7- المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت ، بشرط عدم المساس بأصل الحق[42].

8- الدعاوى التابعة لرسم مقطوع ، أو غير مقدرة القيمة[43].

ثانياً : الدعاوى التي تختص بنظرها محكمة البداءة ، ويكون حكمها بدرجة أولى ، وهي :

1- الدعاوى التي تزيد قيمتها على مليون دينار.

2- دعاوى الإفلاس ، وما ينشأ عن التفليسة وفق الأحكام المقررة في قانون التجارة[44].

3- دعاوى تصفية الشركات ، وما ينشأ عن التصفية وفق الأحكام المقررة في قانون الشركات[45].

4- كافة الدعاوى التي لا تختص بها محكمة البداءة - والتي يكون حكمها فيها بدرجة أخيرة- أو محكمة الأحوال الشخصية[46].

خامساً : المحكمة الكمركية :

المحكمة الكمركية هي جهة قضائية متخصصة تختص بالنظر في جميع القضايا الناشئة عن تطبيق قانون الكمارك ، بما في ذلك المخالفات ، والنزاعات المتعلقة بالرسوم والغرامات الكمركية والتهربات الجمركية ، والفصل في الاعتراضات على قرارات الهيئة العامة للكمارك وتتشكل المحكمة الكمركية من قضاة حصراً

---

[41] انظر المادة (31) من قانون المرافعات المدنية. يشير جانب من الفقه العراقي بعد ذكر الفقرة (6) من المادة (31) من قانون المرافعات أن الأصل أن جميع الدعاوى من اختصاص محكمة البداءة ، إلا إذا نص قانو ما على جعلها من اختصاص جهة أخرى سواها ، سواء محكمة أو لجنة أو جهة إدارية أو غيرها . عماد حسن سلمان ، شرح قانون المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص87. أي أنه يرى أن هذا النص هو الذي بموجبه يتحدد أن محكمة البداءة هي المحكمة صاحبة الولاية العامة في نظر كافة الدعاوى التي لا تكون من اختصاص محكمة أو جهة أخرى.

[42] انظر المادة (33) من قانون المرافعات المدنية. ومنها قرارات القضاء المستعجل وقرارات الحجز الاحتياطي . باستثناء ما تختص به محكمة الموضوع بنظره من هذه المسائل المستعجلة إذا رفعت إليها بطريق التبعية أثناء السير في دعوى الموضوع . أنظر المادة (2/141) من قانون المرافعات المدنية.

[43] انظر المادة (19) من قانون الرسوم العدلية رقم (14) لسنة 1981 المعدل.

[44] انظر المادة (69/2/د) من قانون المصارف رقم (94) لسنة 2004 ، التي تنص (لا يجوز إقامة دعوى إفلاس ضد المصرف) . والمادة (70) التي تنص (لا ينطبق على المصارف قانون الإفلاس ، ولا أي أحكام تعدل قانون الإفلاس ، أو تحل محله كلياً أو جزئياً) . المادة (72) التي تشير إلى تقديم طلب الى محكمة الخدمات المالية.

[45] انظر المادة (158/أولاً/1) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 ، حيث اصبحت تصفية الشركة بقرار من الجمعية العمومية للشركة . والمادة (160) وبقرار من مسجل الشركات . وانظر المادة (194) التي تنص (تصفى الشركة البسيطة وفق ما هو منصوص عليه في عقدها ، وفي حالة وجود نص فبالطريقة التي يتفق عليها الشركاء بالإجماع ، وإلا فبقرار من المحكمة) . والمقصود بها محكمة البداءة صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات.

[46] انظر المادة (32) من قانون المرافعات المدنية.

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

لضمان استقلال القضاء وفق الدستور العراقي ويتم تعينهم من قبل مجلس القضاء الأعلى ويكون عددهم ثلاثة قضاة رئيس واثنان من القضاة الأعضاء.

وتختص المحكمة الكمركية بما يأتي :-

أولاً : الفصل في الدعاوى المتعلقة بجرائم التهريب .

ثانياً : الفصل في الدعاوى التي تقيمها الدائرة الكمركية من أجل تحصيل الرسوم الكمركية والضرائب والتكاليف الأخرى .

ثالثاً : النظر في الاعتراضات على قرارات التحصيل والتغريم عملاً بأحكام المادة (240) من هذا القانون[47].

سادساً : محكمة الخدمات المالية :

محكمة الخدمات المالية هي جهة قضائية متخصصة للفصل في النزاعات والخلافات المتعلقة بالقطاع المالي والمصرفي والخدمات المالية الأخرى بما في ذلك القضايا المتعلقة بالبنوك، وشركات التأمين تشكلت هذه المحكمة من قضاة متخصصين في القانون المالي أو التجاري يعينون من قبل مجلس القضاء الأعلى ويمكن ان تشكل من هيئة قضائية متعددة الأعضاء رئيس وأعضاء حسب حجم القضايا المعروضة وطبيعتها ، ويكون من اختصاصها مراجعة القرارات والأوامر التالية التي يصدرها المصرف المركزي العراقي [48]

الفرع الثاني

الاختصاص النوعي لمحاكم الدرجة الثانية

القضاء في العراق على درجتين : المحاكم البدائية ومحاكم الأحوال الشخصية ، وهذه هي محاكم الدرجة الأولى ، ومحاكم الدرجة الثانية هي محاكم الاستئناف . وتُعرف محكمة الاستئناف ، بأنها الهيأة القضائية العليا لمحاكم محافظة أو أكثر ، وتتألف من رئيس ، وعدد كاف من نواب الرئيس والقضاة ، وتمارس الاختصاصات المعينة لها بموجب القانون [49]. وعند صدور قانون التنظيم القضائي رقم 160 لسنة 1979 كانت كل محكمة استئناف تشمل محاكم عدد من المحافظات ، ومع مرور الزمن أصبح الآن في كل محافظة

---

[47] انظر المادة (246) من قانون.
[48] انظر قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004.
[49] انظر المادة (16) من قانون التنظيم القضائي المرقم (160) لسنة 1979.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

محكمة استئناف [50]. وتنعقد هيأتها برئاسة رئيسها ، أو أحد نوابه ، وعضوية نائبين من نوابه ، أو أحدهم وقاضي محكمة الاستئناف ، أو عضوية قاضيين من قضاتها [51].

الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية ، يتيح للخصوم الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة البداءة بدرجة أولى بقصد فسخه أو تعديله[52] . وإن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداءة ، بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط[53] . إن الغاية من الاستئناف ، هو نظر الدعوى من جديد من آخر إجراء تم من قبل محكمة البداءة ، كوسيلة لإعادة نظر محكمة الاستئناف في الفصل بالدعوى من جديد ، من حيث الواقع والقانون ، دون أن تتركز وظيفتها في اصلاح حكم محكمة البداءة، الذي ربما لا تجد سبيلاً الى ذلك، في حالة تأييدها للحكم المطعون فيه، والذي مع التطور أصبحت الغاية منه انهاء النزاع[54].

إنَّ محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية باعتبارها محكمة طعن استئنافي تختص في الطعن في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة بدرجة أولى، وبالمسائل الأخرى المبينة في القانون [55]. وقد أكد القانون الاختصاص لها في مورد آخر، إذ نص على أنه يجوز للخصوم الطعن بطريق الاستئناف في أحكام محاكم البداءة الصادرة بدرجة أولى في الدعاوى التي تتجاوز قيمتها مليون دينار ، والأحكام الصادرة منها في قضايا الإفلاس وتصفية الشركات [56] . ومن المسائل الأخرى المبينة لاختصاص محكمة الاستئناف هي الشكوى من القضاة التابع لها المشكو من ، إلا إذا تعلقت الشكوى برئيس محكمة الاستئناف ، أو أحد قضاتها ، فتقدم الشكوى إلى محكمة التمييز [57].

وقد تقدّم إيضاحٌ بأنّ القانون منع محاكم البداءة من نظر دعوى تصفية الشركات ، إلا بالنسبة للشركة البسيطة [58] ، كما منع محكمة البداءة من نظر دعوى إفلاس وتصفية المصارف ، والتجار الحاصلين على ترخيص ، أو اذن بممارسة النشاط المصرفي ، أو أي أعمال مصرفية أخرى [59] . وعليه ، فكل ما تختص

---

[50] د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول المرافعات المدنية ، مصدر سابق ، ص227.
[51] انظر المادة (17) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979.
[52] انظر المادة (193) من قانون المرافعات المدنية.
[53] انظر المادة (192) مرافعات مدنية.
[54] ينظر في ذلك د. أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، النهضة العربية ، القاهرة ، 2017، ص570.
[55] انظر المادة (34) من قانون المرافعات المدنية.
[56] انظر نص المادة (185) من قانون المرافعات المدنية.
[57] انظر المادة (1/287) من قانون المرافعات المدنية.
[58] انظر المادة (158/أولاً/1) من قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 ، حيث اصبحت تصفية الشركة بقرار من الجمعية العمومية للشركة . والمادة (160) وبقرار من مسجل الشركات . وانظر المادة (194) التي تنص (تصفى الشركة البسيطة وفق ما هو منصوص عليه في عقدها ، وفي حالة وجود نص فبالطريقة التي يتفق عليها الشركاء بالإجماع ، وإلا فبقرار من المحكمة) .
[59] انظر المادة (564) من قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

به محكمة البداءة في أحكامها التي تصدرها بدرجة أولى ، يجوز لمن خسر الدعوى الحق في الطعن أمام محكمة الاستئناف .

المطلب الثالث

آثار الدفع بعدم الاختصاص النوعي أمام المحاكم المدنية

للدفع بعدم الاختصاص النوعي أثران وهما : الإحالة ورفض الإحالة أو قبولها ، وهو ما قد ينتج عنهما من تنازع سلبي أو ايجابي في الاختصاص النوعي بين المحاكم . والأثر الآخر ، هو طرق الطعن المترتبة على قرار الإحالة أو رفضها وقبولها . لذا نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول ، التنازع السلبي والايجابي في الاختصاص النوعي . وفي الفرع الثاني نتعرض الى طرق الطعن المترتبة على الدفع بعدم الاختصاص النوعي.

الفرع الأول

التنازع السلبي والإيجابي في الاختصاص النوعي بين المحاكم المدنية

تنازع الولاية نتيجة طبيعية لتعدد جهات القضاء في الدولة . إذ من الممكن تنازع هذه الجهات المتعددة حول قدر ولايتها ضيقاً ، أو اتساعاً . إذ قد تنكر كل جهة منها ولايتها بخصوص مسألة معينة ، أو تتمسك بولايتها بنظرها . وفي الحالة الأولى تكون المسألة بغير قاض ينظرها ، أما في الحالة الثانية تكون محلاً للحكم من أكثر من جهة واحدة . فكان لا بد من إيجاد طريق محدد لحل مثل هذا التنازع تجنباً لمثل هذه النتائج . وأن يختلف هذا الطريق في تنظيمه عن طريق الطعن في الحكم ، حتى يكون لكل طرف الحق في طلب رفع هذا التنازع ، ولو كان خصماً محكوماً له [60] .

لا يأخذ التنازع بشأن الولاية صورة واحدة ، وإنما تتعدد صوره ، فقد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً ، وقد يكون يتمثل في صدور أحكام متعارضة من جهتي قضاء مختلفتين ، وأن هذه الصورة الأخيرة لا تمثل صورة مستقلة للتنازع قائمة بذاتها ، وإنما هي مجرد تطبيق من تطبيقات التنازع الايجابي . لذا نبين هاتين الصورتين وفق ما يلي :-

الصورة الأولى : التنازع السلبي :-

---

[60] د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، دار الفكر القانون ، جامعة عين شمس ، 1982 ، ص256.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وتتحقق هذه الصورة في حالة ما اذا رفعت دعوى واحدة أمام جهتي قضاء ، وتخلت كلتاهما عن ولايتها بنظر هذه الدعوى ، بأن قضت كل منهما بانتفاء ولايتها بشأنها ، لتصبح الدعوى هكذا بغير قاض ينظرها[61] . وتطبيقات القضاء العراقي كثيرة بشأن التنازع السلبي بين المحاكم [62] .

الصورة الثانية : التنازع الايجابي :-

وصورته أن تتمسك جهتان للقضاء بولايتها بنظر دعوى واحدة ، ويشترط لقيام هذه الصورة ما يلي :-

أولاً : أن تكون الدعوى الواحدة مرفوعة أمام جهتين مختلفتين للقضاء في الدولة .

ثانياً : أن تتمسك كلا الجهتين بولايتها بنظر الدعوى . أي بمعنى أن تكون كل جهة قد قضت بولايتها بنظر الدعوى في دفع قدم إليها بانتفاء ولايتها ، فإذا قدم بذلك إلى جهة منها وقضت بعدم قبوله ، ولم يكن هذا الدفع قد قدم إلى الجهة الأخرى ، أو كان قد قدم إليها ، ولكنها لم تفصل فيه بعد ، فلا نكون أمام تنازع ايجابي بشأن الولاية . إذ قد تقضي الجهة الأخرى في الدفع على نحو يتفق مع الحكم الصادر من الجهة السابقة [63].

الفرع الثاني

طرق الطعن المترتبة على الدفع بعدم الاختصاص النوعي

إذا صدر الدفع بعدم اختصاص المحكمة النوعي من أحد الخصوم ، فإننا نكون أمام حالتين ، هما : حالة الاستجابة لطلب الإحالة ، وعندها تقرر المحكمة إحالة الدعوى إلى المحكمة التي ترى أنها مختصة بنظرها ، وهنا تخرج الدعوى من نظر المحكمة المحيلة إلى المحكمة المحال إليها الدعوى . أو حالة رفض طلب الإحالة ، والتمسك بنظر الدعوى . فأي من القرارين في مثل هذه الحالة يقبل الطعن به تمييزاً ؟ .

---

61) د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق ، ص258.

62) انظر القرار المرقم 134/الهيئة الموسعة المدنية/2019 في 2019/6/19 . المتضمن((لوحظ حصول تنازع سلبي في الاختصاص النوعي بين محكمة عمل بغداد ومحكمة بداءة الكرخ ، إذ ترى كل منهما أنها غير مختصة بنظر الدعوى المقامة من المدعي على رئيس جمعية الهلال الأحمر العراقي إضافة لوظيفته والتي طالب فيها المدعي إلغاء قرار اللجنة التحقيقية المشكلة في جمعية الهلال الأحمر العراقي وإلغاء التضمن وعدم المطالبة بالمبلغ الذي حددته اللجنة ، بعد اعتباره مقصراً لصرفه مبالغ خارج صلاحياته ، ولأن المادة 166/أولاً من قانون العمل رقم 37 لسنة 2015 حددت اختصاصات محكمة العمل بالنظر في الدعاوى والمنازعات المدنية والجزائية المنصوص عليها في هذا القانون وفي قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال والتشريعات الأخرى ، ولأن الدعوى تتعلق بعدم مطالبة بمبلغ تضمين ، فيكون الاختصاص منعقداً لمحكمة البداءة ويخرج عن اختصاص محكمة العمل)) . حيدر عودة كاظم ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج 4/ ، مصدر سابق ، ص213.

63) د. محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، مصدر سابق ، ص257.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

إنّ قرار الإحالة لعدم الاختصاص النوعي لا يقبل الطعن به تمييزاً على إنفراد [64] ، اذا صدر هذا القرار من المحكمة المحيلة ؛ لعدم النص على جواز ذلك . ولكنه ، من الممكن للخصم الخاسر للحكم ، الطعن بقرار الإحالة في هذه الحالة ، بعد صدور حكم حاسم في الدعوى من قرار المحكمة المحال إليها الدعوى ، وفق طرق الطعن الاعتيادية ، مع جملة الأسباب المراد الطعن بها .

أما بشأن قرار رفض الإحالة لعدم الاختصاص النوعي الصادر من المحكمة التي أقيمت الدعوى لديها ابتداءً ، فإنه لا يقبل الطعن به تمييزاً على إنفراد ، لأن القانون لم يتضمن مثل هذا الحق للخصوم [65] ، أما بخصوص قرار رفض الإحالة الذي يصدر من المحكمة المحال إليها الدعوى ، فإن القانون قد نص على جوازه [66] الطعن به . لذلك ، فإن قرار رفض الإحالة القابل للطعن تمييزاً ، هو الذي تصدره المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى ، وليس قرار رفض طلب أحد الخصوم بالإحالة إلى محكمة أخرى ، وهذا ما تؤيده التطبيقات القضائية [67] استناداً لأحكام المادة (79) من قانون المرافعات المدنية . إلا أنه تذهب بعض من قرارات محكمة التمييز ، إلى عدم جواز تمييز قرار رفض الإحالة الصادر من المحكمة المحال إليها الدعوى ، استناداً لأحكام المادة (216) من قانون المرافعات المدنية. [68]

أما إذا لم يتم الطعن تمييزاً بقرار رفض الإحالة الصادر من المحكمة المحال إليها الدعوى ، فيتوجب على المحكمة التي أحالت الدعوى ابتداءً عند ورود الدعوى إليها ، أن تقرر عرض الدعوى على محكمة التمييز الاتحادية لتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظرها [69]. وهذا يعني أنه حتى اذا لم يتم الطعن تمييزاً

---

[64] انظر المادة (216) من قانون المرافعات المدنية.
[65] انظر المادتين (79) و(216) من قانون المرافعات المدنية.
[66] انظر المادة (79) من قانون المرافعات المدنية ، التي تنص على أنه ((اذا رأت المحكمة المحالة عليها الدعوى أنها لا تختص بنظرها ، فيكون قرارها قابلاً للطعن به تمييزاً)).
[67] انظر القرار المرقم 206/م/2007 في 2007/5/7 الصادر من محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية ، المتضمن ((قرار رفض الإحالة القابل للطعن تمييزاً هو الذي تصدره المحكمة التي أحيلت إليها الدعوى ، وليس قرار رفض طلب أحد الخصوم بالإحالة إلى محكمة أخرى)).
[68] انظر القرار المرقم 523/م/2006 في 2006/3/26 الصادر من محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية ، المتضمن ((وجد الطعن التمييزي ينصب على قرار رفض إحالة الدعوى إليها من قبل محكمة القضاء الإداري ، من حيث الاختصاص الوظيفي ، وقد وجد إن المادة (216) من الفقرة (1) من قانون المرافعات المدنية جوزت الطعن تمييزاً أمام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية بقرارات رفض الإحالة المتعلقة بالاختصاص القيمي أو المكاني ، ولم تنص على جواز الطعن تمييزاً بقرارات رفض الإحالة المتعلقة بالاختصاص الوظيفي ، مع ملاحظة ، إن البند (رابعاً) من المادة (7) من قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979 ، قد عالج موضوع تنازع اختصاص محكمة القضاء الإداري ومحكمة مدنية)) .
[69] انظر القرار المرقم 150/الهيئة الموسعة المدنية/2022 في 2022/5/25 ، المتضمن ((قررت محكمة البداءة المختصة بنظر الدعاوى التجارية في النجف إحالة الدعوى إلى محكمة بداءة النجف للنظر فيها حسب الاختصاص النوعي استناداً لأحكام المادة (78) مرافعات مدنية . قررت محكمة بداءة النجف رفض الإحالة واعادة الدعوى إلى محكمتها استناداً لأحكام المادة (78) مرافعات مدنية ، قررت محكمة البداءة المختصة بنظر الدعاوى التجارية في النجف عرض الدعوى على محكمة التمييز الاتحادية لتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظرها)).

بقرار رفض الإحالة الصادر من المحكمة المحال إليها الدعوى من الخصوم ، فإنه يتوجب على هذه المحكمة الأخيرة إعادة الدعوى إلى المحكمة المحيلة . وعلى المحكمة المحيلة عرض هذا التنازع السلبي في الاختصاص على محكمة التمييز لتحديد المحكمة المختصة بنظر الدعوى .

الخاتمة

النتائج :

1- اتضح لنا بأن الدفع بعدم الاختصاص النوعي هو وسيلة قانونية يدفع بها أحد أطراف الدعوى، للطعن في صلاحية المحكمة لنظر الدعوى من حيث نوعها، أي ما إذا كانت من اختصاص المحاكم المدنية أو الجزائية أو الإدارية أو غيرها، ويُعد من الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام، ويجب على المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها إذا لم يُبدِه الخصوم.

2- تمييز الدفع بعدم الاختصاص النوعي عن الدفع بعدم الاختصاص المكاني (المحلي) الاختصاص النوعي يتعلق بطبيعة الدعوى ونوع المحكمة المختصة بها أما الاختصاص المكاني يتعلق بمكان المحكمة المختصة، أي محكمة من حيث الموقع الجغرافي. النوعي يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، بينما المكاني ليس من النظام العام ويجوز الاتفاق على تغييره. الفرق بينه وبين الدفع بعدم قبول الدعوى الدفع بعدم الاختصاص النوعي يطعن في سلطة المحكمة النوعية بنظر الدعوى، الدفع بعدم القبول يطعن في الحق في تحريك الدعوى ابتداءً لغياب شروطها الشكلية أو الموضوعية، مثل انعدام الصفة أو المصلحة أو سبق الفصل فيها.

3- في الدفع بعدم الاختصاص النوعي ، يتوجب على المحكمة التي إحالة الدعوى ابتداءً عند ورود الدعوى إليها ، أن تقرر عرض الدعوى على محكمة التمييز الاتحادية لتحديد المحكمة المختصة نوعياً بنظرها ، وذلك لفك مسألة التنازع السلبي في الاختصاص النوعي بين المحكمة المحيلة والمحكمة المحال عليها الدعوى ، وهو أمر يتطلب وقت وجهد.

التوصيات :

1- ضرورة توعية الخصوم والكوادر القانونية بأهمية الدفع بعدم الاختصاص النوعي وآثاره، لما له من دور حاسم في الحفاظ على حسن سير العدالة وضمان نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة قانونًا، مما يجنّب إبطال الأحكام أو إطالة أمد التقاضي.

2- وجوب التزام القضاة بإثارة الدفع بعدم الاختصاص النوعي من تلقاء أنفسهم، باعتباره من النظام العام، وذلك تحقيقًا لمبدأ المشروعية وضمان عدم تجاوز المحكمة لاختصاصها المحدد قانونًا.

3- ضرورة التوسع في إنشاء محاكم متخصصة وتدقيق الحدود الموضوعية لاختصاص كل محكمة بما يقلل حالات التداخل والخلط في الاختصاص النوعي .

4- ضرورة أن تكثف محكمة التمييز وممارسة دورها في رسم الخطوط الفاصلة بين الاختصاصات النوعية للمحاكم، وأن تصدر مبادئ قضائية واضحة وملزمة .

5- تعزيز الثقافة الإجرائية لدى المحامين والتأكيد على أهمية تدريب المحامين على فهم قواعد الاختصاص النوعي لتقليل الاخطاء التي تؤدي إلى إطالة النزاع أو بطلان الإجراءات.

المصادر والمراجع

- **الكتب :**

1- أحمد هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية ، النهضة العربية ، القاهرة ، 2017.

2- احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بدون دار نشر ، القاهرة ، 2008.

3- احمد السيد صاوي ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، بدون دار طبع ، القاهرة ، 2008.

4- سعد جريان ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية لعام 2018 ، ج/3 ، مكتبة السنهوري ، بغداد.

5- سلام عبد الزهرة ، ود. نبيل مهدي زوين ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، مؤسسة النبراس للطباعة ، بغداد ، 2015.

6- عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، ط/1 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2015

7- عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج/1 ، ط/2 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2008.

8- عصمت عبد المجيد بكر ، اصول المرافعات المدنية ، منشورات جامعة جيهان الأهلية ، اربيل ، 2013.

9- علي بركات ، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2016.

10- عماد حسن سلمان ، شرح قانون المرافعات المدنية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018.

11- فتحي والي ، المبسوط في قانون القضاء المدني ، ج/1 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2017 .

12- محمد حسن كشكول وعباس السعدي ، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ، ط/2 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2011.

13- محمود محمد هاشم ، قانون القضاء المدني ، ج/2 ، دار الفكر ، فرع جامعة عين شمس للطباعة والنشر ، 1982.

14- وجدي راغب فهمي ، النظرية العامة للعمل القضائي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974.

- **القوانين :**

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
2- قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959.
3- قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969.
4- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.
5- قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970.
6- قانون التنظيم القضائي المرقم (160) لسنة 1979.
7- قانون الرعاية الاجتماعية رقم (126) لسنة 1980.
8- قانون الرسوم العدلية رقم (14) لسنة 1981 المعدل.
9- قانون الكمارك رقم (23) لسنة 1984 المعدل.
10- انظر قانون البنك المركزي العراقي رقم (56) لسنة 2004.
11- قانون العمل العراقي المرقم (37) لسنة 2015.

- **مجموعات المبادئ القضائية :**

حيدر عودة كاظم ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج/4 ، المكتبة القانونية ، بغداد،2021 .

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 307
ISSN (print): 307

المَوْقِفُ الرُّوسِيّ مِن مَشْرُوعِ الشَّرْقِ الأوْسَطِ الجَدِيدِ: المُرتَكَزَات وَالتَّجَلِّيَات التَّطْبِيقِيَّة

The Russian position on the New Middle East project: Core Foundations and Practical Implication

الباحث شاكر حمزة عبدعيسى الأعاجيبي *
جامعة النهرين /كلية العلوم السياسية

أ.دحيدر زهير جاسم *
جامعة النهرين /كلية العلوم السياسية

تاريخ الإرسال: 2025\12\5 تاريخ القبول: 2025\12\25 تاريخ النشر: 2025\12\30

المستخلص

استهدف البحث تحديد وتحليل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد، وذلك عن طريق الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي والمنهج التاريخي، وقد أوضحت النتائج أن مشروع الشرق الأوسط الجديد شهد العديد من التطورات في طبيعته والأهداف المرجوة منه، وذلك نتيجة للعديد من التغيرات السياسية والاقتصادية والأمنية وغيرها من التطورات الأخرى التي أثرت على طبيعة العلاقات الدولية والتنافس الدولي على منطقة الشرق الأوسط لاسيما مع الولايات المتحدة الأمريكية، كما أوضحت النتائج أن روسيا تتجه نحو الشرق الأوسط الجديد بشكل متزايد لتحقيق مجموعة من الأهداف العسكرية والأمنية نتيجة أهمية حدود منطقة الشرق الأوسط، والأهداف الاقتصادية بسبب الموارد الاقتصادية ومصادر الطاقة وغيرها من الموارد الأخرى، وأهميتها الاستراتيجية نتيجة الحدود المشتركة مع الكثير من دول العالم الأخرى، والأهداف السياسية في التنافس مع الهيمنة الأمريكية على منطقة الشرق الأوسط، وغيرها من الأهداف الأخرى التي توضح أهمية منطقة الشرق الأوسط للجانب الروسي وخاصة في الفترة الأخيرة منذ الحرب الروسية الأوكرانية وتغير طبيعة العلاقات الدولية مع أوروبا وأمريكا؛ ولذلك تزايدت أهمية منطقة الشرق الأوسط لروسيا والتي أثرت بدورها على سياساتها واستراتيجياتها تجاه الشرق الأوسط الجديد من أجل تحقيق أهدافها بكل كفاءة وفعالية.

الكلمات المفتاحية: مشروع الشرق الأوسط الجديد، الموقف الروسي، العلاقات الدولية، الهيمنة الأمريكية، المحددات الدولية.

Abstract:

---

* Email : shakir_semawa@yahoo.com

* Email : haider.zaheer@nahrainuniv.edu.iq

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

The research aimed to identify and analyze the Russian position on the New Middle East Project, relying on the descriptive analytical approach and the historical approach. The results revealed that the New Middle East Project has witnessed many developments in its nature and desired objectives, as a result of numerous political, economic, security and other changes that have affected the nature of international relations and international competition in the Middle East region, especially with the United States of America. The results indicated that Russia is increasingly moving towards the New Middle East to achieve a set of military and security objectives due to the importance of the Middle East region's borders, economic objectives due to its possession of oil, energy and other resources, its strategic importance due to its shared borders with many other countries of the world, political objectives in competing with American hegemony over the Middle East region, and other objectives that illustrate the importance of the Middle East region for Russia, especially in the recent period since the Russian-Ukrainian war and the changing nature of international relations with Europe and America. Therefore, the importance of the Middle East region has increased for Russia, which in turn has affected its policies and strategies towards the New Middle East in order to achieve its objectives with all efficiency and effectiveness.

Keywords: The New Middle East Project, the Russian position, international relations, American dominance, international determinants.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

مقدمة

اعتمدت القوى الاستعمارية الأوروبية منذ سيطرتها على المنطقة سياسات (التقسيم، و التجزئة والتفتيت) عن طريق تفكيك المجل الجغرافي العثماني إلى كيانات منفصلة بما يضمن إضعاف أي وحدة سياسية اقليمية، إذ جسدت اتفاقية سايكس ـ بيكو عام (1916) ذلك النهج عن طريق رسم حدود مصطنعة تجاهلت فيها البنى التاريخية والاجتماعية، وأسست لدول هشة قابلة للاختراق. وقد شكّل ذلك الإرث الاستعماري قاعدة تمهيدية استندت إليها لاحقاً مشاريع حديثة مثل الشرق الأوسط الجديد، ومن ثمّ مشروع الشرق الأوسط الكبير، التي أعادت انتاج منطق التفريق بصيغة سياسية وأمنية واقتصادية معاصرة.

ومما لا شك فيه أن كثير من الدول تتواجد في بيئة دولية سريعة التطور والتغير نتيجة العديد من التطورات في الأوضاع العسكرية والأمنية والسياسية والاقتصادية والبيئية وغيرها من التغيرات والتطورات الأخرى، فضلاً عن الاتجاهات والتوجهات الدولية لتحقيق أهدافها المتعددة والمتنوعة التي تؤثر على سياساتها واستراتيجياتها الدولية بما يؤدي إلى التأثير على المواقف الدولية إزاء العديد من القضايا والتي منها الموقف الروسي تجاه مشروع الشرق الأوسط الجديد.

وتُعد منطقة الشرق الأوسط من أكثر المناطق حساسية في العلاقات الدولية لما تمثله من مركز استراتيجي يربط بين القارات ولاحتوائها على مصادر الطاقة العالمية ولاتساع التنافس الدولي حولها في العقود الماضية؛ وقد شهدت هذه المنطقة منذ بدايات القرن الحادي والعشرين موجة جديدة من الطروحات السياسية التي تسعى إلى إعادة رسم خرائطها الجيوسياسية تحت مسميات مختلفة وكان من أهمها مشروع "الشرق الأوسط الجديد" الذي

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

طُرح في الخطاب السياسي الأمريكي بوصفه تصورًا شاملاً لإعادة هيكلة المنطقة، الذي بدأ التأسيس الفكري له مع المفكر الاستراتيجي برنارد لويس من عام (1979) الذي دعا فيه عن طريق مقالاته ومحاضراته إلى تفتيت الدول العربية والإسلامية إلى كيانات أصغر قائمة على أسس طائفية وعرقية، وامتدت هذه الرؤية لتجد صداها في أطروحات شمعون بيريز عام (1993) الذي قدّم تصورًا لمستقبل المنطقة يقوم على التطبيع الإقليمي وغيرها من الآراء والتوجهات الدولية الأخرى.

وعلى الصعيد الروسي تغيرت النظرة للشرق الأوسط الجديد نتيجة للعديد من التغيرات في الأوضاع السياسية والاقتصادية والأمنية وغيرها من التغيرات الأخرى التي أدت بدورها إلى التوجه المتزايد من الجانب الروسي نحو الشرق الأوسط الجديد لا سيما في السنوات الأخيرة، وهو الأمر الذي دفع العديد من الدراسات والأبحاث إلى تزايد البحث في طبيعة العلاقة بين روسيا والشرق الأوسط وأسباب هذا التغير وتأثيراته المتعددة والمتنوعة على العلاقات الدولية.

مشكلة الدراسة : تتمثل المشكلة الرئيسة للدراسة في تحديد طبيعة الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد وتحليل أبعاده التاريخية والجيوسياسية والاستراتيجية، في ظل التحولات العميقة التي يشهدها النظام الإقليمي في الشرق الأوسط، والتنافس الدولي المتصاعد لإعادة تشكيل بنية المنطقة بما يخدم مصالح القوى الكبرى، ولاسيما الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها، وما يقابل ذلك من مساعٍ روسية لإعادة التوازن الدولي والحفاظ على نفوذها ومصالحها الاستراتيجية في الإقليم.

وانطلاقًا من هذه المشكلة الرئيسة، تتفرع عنها الإشكاليات الفرعية الآتية:

1- ما الأسس التاريخية والجيوسياسية التي يستند إليها الموقف الروسي من مشروع الشرق

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الأوسط الجديد؟

2- ما المحددات السياسية والاقتصادية والأمنية التي تؤثر في تشكّل الموقف الروسي تجاه هذا المشروع؟

3- ما الأدوات التي توظفها روسيا (السياسية، العسكرية، الاقتصادية) للتأثير في مسار مشروع الشرق الأوسط الجديد؟

4- كيف تعكس الأزمة السورية الموقف الروسي العملي من مشاريع إعادة تشكيل الشرق الأوسط؟

5- ما مستقبل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد في ظل التحولات الإقليمية والدولية الراهنة؟

فرضيات الدراسة: تحاول الدراسة اختبار الفرضيات التالية:

يفترض البحث أن الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد يقوم على: مرتكزات جيوسياسية واستراتيجية تسعى عن طريقها روسيا إلى الحدّ من الهيمنة الغربية والانفراد الأمريكي في إعادة تشكيل الإقليم، والحفاظ على توازنات القوة الدولية، وقد تجلّى ذلك الموقف عملياً عن طريق توظيف موسكو لأدوات سياسية، وعسكرية، ودبلوماسية متعدّدة، كان أهمها تعاملها مع الأزمة السورية بوصفها نموذجاً تطبيقياً يعكس طبيعة ذلك الموقف وحدوده في ظل التحولات الإقليمية والدولية.

منهجية الدراسة : تعتمد هذه الدراسة على المنهج الاستقرائي الذي يهدف إلى تحليل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد عن طريق مراجعة الأدبيات ذات

الصلة ورصد المواقف السياسية والممارسات الميدانية التي اتبعتها روسيا في التعامل مع قضايا المنطقة، كما تستند الدراسة إلى المنهج الاستنباطي لفهم جذور المشروع وأبعاده في سياق التحولات الإقليمية والدولية إلى جانب استخدام منهج دراسة الحالة في تحليل الدور الروسي في الأزمة السورية كنموذج تطبيقي للموقف الروسي من مشاريع إعادة تشكيل الشرق الأوسط.

المبحث الأول

الجذور الفكرية والتاريخية لمشروع الشرق الأوسط الجديد

شهد الشرق الأوسط العديد من التغيرات في طبيعته وأهدافه وتوجهات الدول نحوه، إذ يرتبط مشروع الشرق الأوسط الجديد بسلسلة من التصورات الفكرية والاستراتيجية التي تبلورت في سياق التحولات الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، كما تبلورت بصورة أوضح بعد انتهاء الحرب الباردة. وقد استند ذلك المشروع إلى خلفيات تاريخية عميقة هدفت إلى إعادة تنظيم الإقليم سياسياً وأمنياً واقتصادياً بما يخدم مصالح القوى الكبرى ويعيد رسم توازنات المنطقة. ويمكن توضيح مفهوم الشرق الأوسط ومعالم ذلك المشروع، وتطوره من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول

المفهوم الجيوسياسي والملامح التاريخية والفكرية للمشروع

يتناول هذا المطلب الإطار الجيوسياسي للمشروع عن طريق تفكيك أسسه المفاهيمية والوقوف عند جذوره التاريخية والفكرية التي شكّلت منطلقاته الأولى. كما يسعى إلى بيان كيفية تبلور ذلك المشروع في سياق التحولات الدولية والإقليمية وانعكاساتها على توازنات القوة في المنطقة. وكالآتي:

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أولاً: المفهوم الجيوسياسي والنطاق الإقليمي للشرق الأوسط

يقصد بالشرق الأوسط في الأدبيات السياسية والاستراتيجية المعاصرة، ذلك الإقليم الجغرافي ـ السياسي، الذي يتوسط قارات آسيا وأفريقيا وأوروبا، ويشكل حلقة وصل حيوية بين الممرات البرية والبحرية الدولية، ومسرحاً تاريخياً لتداخل المصالح الجيوسياسية والاقتصادية والأمنية للقوى الإقليمية والدولية. ولا يقوم تعريف الشرق الأوسط على أساس جغرافي صرف بقدر ما يستند إلى اعتبارات سياسية واستراتيجية تشكلت عن طريق مراحل تاريخية متعاقبة، لا سيما منذ نهاية الحرب العالمية الأولى [1].

ويشمل النطاق الإقليمي للشرق الأوسط في تعريفه الأكثر شيوعاً في الدراسات الاستراتيجية، دول المشرق العربي المتمثلة في: العراق، سوريا، لبنان، الأردن، وفلسطين، فضلاً عن دول شبه الجزيرة العربية المتمثلة بـ: المملكة العربية السعودية، اليمن، عمان، الإمارات العربية المتحدة، قطر، البحرين والكويت. كما يدخل ضمن هذا الإطار كل من: مصر بحكم موقعها الجيوسياسي المحوري وسيطرتها على قناة السويس، وإيران بوصفها فاعلاً إقليمياً مركزياً يؤثر بعمق في التوازنات الأمنية والسياسية للإقليم، فضلاً تركيا بوصفها دولة مفصلية تجمع بين الشرق الأوسط وشرق المتوسط ولآسيا الوسطى [2].

وعليه، فإن الشرق الأوسط، لا يفهم بوصفه مجرد مساحة جغرافية محددة، وإنما كحيز تفاعلي تتقاطع فيه اعتبارات الأمن والطاقة والهوية والصراع، وتتشكل داخله ديناميات تؤثر في النظام الإقليمي والدولي، الذي يفسر مركزية ذلك الإقليم في التحليل السياسي

---

[1] Michael J. Cohen. *The Middle East in World Politics*. 6th ed. Routledge. New York. 2015. 3–6.

[2] Louise Fawcett. *International Relations of the Middle East*. 5th ed. Oxford University Press. Oxford. 2023. 6–9.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

والاستراتيجي المعاصر [3].

ثانياً: الملامح التاريخية والفكرية لمشروع الشرق الأوسط الجديد

ظهر مشروع "الشرق الأوسط الجديد" بوصفه تصوراً سياسياً واستراتيجياً تبنته الولايات المتحدة وبعض حلفائها، ويهدف إلى إعادة تشكيل الخريطة السياسية لدول الشرق الأوسط بطريقة تتماشى مع المصالح الغربية لا سيما في تأمين منابع الطاقة وضمان أمن الكيان الصهيوني وإعادة هيكلة الأنظمة السياسية القائمة. ولم يكن المشروع مجرد مقترح جغرافي لتغيير الحدود بل رؤية شاملة تستهدف إحداث تغييرات داخلية عميقة في بنية الدول تشمل النُظم السياسية والتركيبة السكانية والاقتصاد والعلاقات الإقليمية. [4]

تعود جذور هذا المشروع إلى أفكار طرحت منذ نهاية الحرب الباردة إلا أن ظهوره العلني جاء بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر (2001) عندما أصبحت المنطقة محل اهتمام استراتيجي أمريكي متزايد تحت مبرر مكافحة الإرهاب ونشر الديمقراطية. وقد ساعدت تلك الأحداث في فتح المجال أمام الإدارة الأمريكية ولا سيما في عهد الرئيس الأسبق (جورج بوش) الابن لطرح تصورات جديدة للمنطقة أُدرجت ضمن ما عُرف بـ"الشرق الأوسط الكبير" ثم تطورت لاحقًا إلى "الشرق الأوسط الجديد. [5]

---

[3] Barry Buzan and Ole Wæver. *Regions and Powers: The Structure of International Security*. Cambridge University Press. Cambridge. 2003. 187–190.

[4] أشرف محمد عبد الرحمن مؤنس. *مصطلح الشرق الأوسط: مدلوله ومكوناته*. المؤتمر الدولي: مستقبل منطقة الشرق الأوسط، رؤية مصر 2030. جامعة عين شمس – مركز بحوث الشرق الأوسط والدراسات المستقبلية. القاهرة. 2020. ص 19–21.

[5] هالة خالد حميد. *دور العراق في الترتيبات الأمنية الأمريكية في مشروع الشرق الأوسط الكبير*. مجلة العلوم السياسية. (2) . (2015). 132–133.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

استند المشروع إلى رؤى فكرية سابقة أهمها الذي طرحه المفكر الاستراتيجي الأمريكي البريطاني (برنارد لويس) ودعا منذ سبعينيات القرن العشرين إلى إعادة تقسيم دول الشرق الأوسط على أسس طائفية وعرقية بوصفها في رأيه وحدات سياسية مصطنعة، قابلة للتفكك، وفقاً لما ورد في كتابه" الهويات المتعددة للشرق الأوسط"، وروّج لويس لفكرة أن الاستقرار لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق تفكيك الكيانات الكبيرة وبناء كيانات أصغر تتوافق مع الهويات الدينية أو القومية الأمر الذي شكل الأرضية الفكرية للمشروع لاحقًا.

المطلب الثاني

المعالم الأساسية والأهداف الاستراتيجية للمشروع

تقوم المعالم الأساسية لمشروع الشرق الأوسط الجديد على رؤية استراتيجية تسعى إلى إعادة تشكيل بنية الإقليم بما ينسجم مع التحولات الدولية ومصالح القوى الكبرى الفاعلة فيه. وقد تركزت الأهداف الاستراتيجية للمشروع على إعادة ترتيب التوازنات السياسية والأمنية والاقتصادية في المنطقة بما يضمن تحقيق الاستقرار المزعوم وفق المنظور الغربي.

أولاً: المعالم الأساسية لمشروع الشرق الأوسط الجديد

أسهم رئيس الوزراء الصهيوني الأسبق (شمعون بيريز) في بلورة رؤية أخرى للمشروع تقوم على إدماج الكيان اقتصاديًا في المنطقة وتحويل الصراع من سياسي إلى اقتصادي عن طريق إقامة مشاريع تنموية مشتركة تُلغي الحاجة إلى المواجهة وتُضعف مركزية القضية الفلسطينية. وقد تبنت هذه الفكرة دوائر غربية عديدة لا سيما مع توقيع اتفاقيات

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

(أوسلو) وبدء الحديث عن "شرق أوسط بلا حدود" تُشارك فيه إسرائيل كشريك طبيعي .[6]

جاء الطرح السياسي المباشر للمشروع على لسان وزير الخارجية الأمريكية الأسبق (كوندوليزا رايس) التي تحدثت بقولها عام (2005) عن ضرورة بناء "شرق أوسط جديد" عادةً:" إن الفوضى في بعض الأحيان قد تكون ضرورية من أجل الوصول إلى نظام سياسي جديد". وقد رُبط هذا الطرح بالتدخل العسكري الأمريكي في العراق والضغوط المتزايدة على سوريا ولبنان فضلاً عن دعم واشنطن للحرب الصهيونية على لبنان عام (2006) التي وصفت حينها فرصة لتنفيذ أهداف المشروع .[7]

يقوم مشروع "الشرق الأوسط الجديد" على عدد من الأهداف المركزية. في مقدمتها ضمان أمن الكيان الصهيوني وتفوقها العسكري عن طريق إضعاف الدول المحيطة بها وتفكيك الجيوش الوطنية الكبرى كما حدث في العراق وسوريا. كما يسعى المشروع إلى السيطرة الكاملة على مصادر الطاقة في المنطقة وضمان استمرار تدفقها نحو الغرب مع التحكم في الممرات البحرية المهمة مثل: مضيق هرمز، وقناة السويس، وباب المندب. ولا يقل عن ذلك أهميةً محاولة فرض نماذج حكم جديدة تتماشى مع الرؤية الغربية للديمقراطية عن طريق دعم التحولات السياسية غير المستقرة أو تغذية النزاعات الداخلية بما يجعل الدول العربية بحاجة دائمة للدعم الخارجي .[8]

---

[6] نظيرة محمود خطاب. *العراق ومشروع الشرق الأوسط الجديد: رؤية إسرائيلية*. مجلة تكريت للعلوم السياسية. العدد (11). (2017). 52–53.

[7] ساندي ياسر العساسفة. *الشرق الأوسط الجديد ما بعد سايكس بيكو*. مجلة رماح للبحوث والدراسات. العدد (77). (2023). 366–367.

[8] أحمد الباسوسي. *دور محدد الطاقة في استراتيجية الفواعل المسلحة العنيفة من غير الدول في الشرق الأوسط: حالتا تنظيم القاعدة والدولة الإسلامية (داعش)*. مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 23 (2)، (2022)، 130.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يهدف المشروع أيضًا إلى خلق واقع إقليمي جديد تصبح فيه الكيان الصهيوني جزءًا طبيعيًا من المنظومة السياسية والاقتصادية في الشرق الأوسط وذلك عن طريق تهميش القضية الفلسطينية والتطبيع مع الدول العربية وتشجيع التعاون الأمني والاقتصادي على حساب القضايا الجوهرية. وعن طريق ذلك تسعى القوى الداعمة للمشروع إلى تثبيت ترتيبات إقليمية جديدة تجعل من الصعب مستقبلاً العودة إلى خرائط النفوذ التقليدي أو صعود قوى إقليمية معارضة للهيمنة الغربية. [9]

وفي هذا الإطار أصبح مشروع الشرق الأوسط الجديد أكثر من مجرد خطة سياسية بل يمثل تحولاً في طريقة إدارة المنطقة وفرض نمط جديد من العلاقات والسياسات التي تخدم مصالح قوى خارجية على حساب استقرار الدول وشعوبها، فضلاً عن تحوله في الوقت نفسه إلى هدف استراتيجي.

ثانياً: الأهداف الاستراتيجية لمشروع الشرق الأوسط الجديد

يقوم مشروع الشرق الأوسط الجديد على مجموعة من الأهداف التي تشكل جوهره الاستراتيجي. في مقدمة هذه الأهداف يأتي ضمان أمن الكيان الصهيوني بوصفه الحليف الاستراتيجي الرئيسي للقوى الغربية، إذ يسعى المشروع إلى خلق بيئة إقليمية تقل فيها التهديدات المباشرة أو غير المباشرة لها عن طريق إعادة ترتيب موازين القوى وإضعاف الدول التي تمثل خطراً عليها. ولتحقيق ذلك تبنى المشروع فكرة تفكيك أو إضعاف الدول الكبيرة أو متعددة الأعراق والطوائف إلى كيانات أصغر يسهل التحكم فيها سياسيًا

[9] سهيل عروسي. *قراءة نقدية في مشروع الشرق الأوسط الجديد*. المجلة الثقافية، العدد (70)، (2007)، 22–23.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

واقتصاديًا.[10]

يتمثل الهدف الثاني في السيطرة على موارد الطاقة الهائلة التي تزخر بها المنطقة لا سيما النفط والغاز وضمان استمرار تدفقها إلى الأسواق العالمية دون انقطاع أو تهديد من القوى الإقليمية. كما يركز المشروع على تأمين الممرات البحرية الحيوية التي تمثل شرايين التجارة العالمية مثل: مضيق هرمز وقناة السويس وباب المندب، والتي تُعد السيطرة عليها شرطًا أساسيًا لاستقرار النظام الاقتصادي الدولي[11] .

يعتمد المشروع أيضًا على البعد الاقتصادي والسياسي المترابط، إذ يتم السعي إلى إدماج دول المنطقة في منظومة اقتصادية عالمية تهيمن عليها القوى الكبرى وذلك عن طريق فرض سياسات إصلاح اقتصادي وإعادة هيكلة داخلية تجعل اقتصادات هذه الدول مرتبطة بالأسواق العالمية ومصالح القوى المؤثرة. كما يتم استخدام القوة الناعمة عن طريق أدوات دبلوماسية وإعلامية وثقافية لتعزيز النفوذ وتسهيل تمرير الأهداف الاستراتيجية[12].

أما على المستوى الأمني والعسكري فإن المشروع يقوم على فكرة تكثيف الوجود العسكري للقوى الكبرى في المنطقة سواء عن طريق القواعد العسكرية أو الأساطيل البحرية أو التدخلات العسكرية المباشرة عند الحاجة. ويساعد هذا التواجد في ردع القوى الإقليمية المنافسة كما يتيح التدخل السريع في أي أزمة يمكن أن تهدد مصالح القوى الكبرى. وتتم هذه السياسات بالتوازي مع دعم تحالفات أمنية إقليمية التي تهدف إلى ضمان استقرار

---

[10] مازن صباغ، *رؤى بديلة للشرق الأوسط الجديد*، شؤون الأوسط، العدد (128)، (2008) 161–162.
[11] Silvia Colombo & Eduard Soler i Lecha, *Europe and the 'New' Middle East*, Journal of Balkan and Near Eastern Studies, 23(3), (2021) 405.

[12] مازن الصباغ، مرجع سابق. 162 .

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الترتيبات الجديدة وتعزيز قدرة القوى الكبرى على إدارة شؤون المنطقة .[13]

وفي النهاية يعكس مشروع الشرق الأوسط الجديد طموحاً مستمراً لإعادة صياغة الخريطة الجيوسياسية للمنطقة بما يضمن استمرار التفوق الاستراتيجي للقوى المهيمنة وحماية مصالحها الاقتصادية والأمنية وضمان استقرار الأسواق العالمية للطاقة والتجارة مع خلق بيئة إقليمية قابلة للتوجيه والسيطرة بعيدة عن أي تهديدات مستقبلية محتملة.

المبحث الثاني

مرتكزات الموقف الروسي في مشروع الشرق الأوسط الجديد

إن توجه روسيا نحو الشرق الأوسط توضحه العديد من الملامح والسمات الأساسية، لا سيما موقفها من إعادة تشكيل الشرق الأوسط الجديد وكذلك الممارسات العملية التي تعكس الموقف الروسي من المشروع، التي سنبينها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

الموقف الروسي من إعادة تشكيل الشرق الأوسط

يتأسس الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد على قناعة بأن ذلك المشروع لا يستهدف فقط إحداث تغييرات داخلية في دول المنطقة بل يسعى لإعادة توزيع النفوذ الإقليمي بطريقة تُقصي روسيا وتُعزز الهيمنة الغربية لا سيما الأمريكية. وترى موسكو أن ذلك المشروع يحمل في طياته تهديدًا مباشرًا لمصالحها سواء على مستوى الأمن القومي أو النفوذ الدولي أو الشراكات الاقتصادية والعسكرية التي بنتها في الإقليم فترة العقدين

[13] قيصر فرحان حسن، *مستقبل منطقة الشرق الأوسط في ضوء التنافس الأمريكي الصيني*، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المجلد 5، العدد (7)، (2024) 728.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الأخيرين، كونه يسعى لإعادة تشكيل توازنات المنطقة، ليقلص نفوذها السياسي والعسكري، ويهدد أمنها القومي عن طريق نشر الفوضى وعدم الاستقرار قرب مجالها الحيوي، ويضعف شراكاتها العسكرية والاقتصادية في مجال التسليح والطاقة لصالح النفوذ الأمريكي والغربي.[14]

تنظر روسيا بعين القلق إلى الأهداف غير المعلنة لهذا المشروع التي تتضمن تفكيك الدول المركزية وتغذية الانقسامات الطائفية والعرقية بما يؤدي إلى خلق كيانات ضعيفة يسهل التحكم بها. ومن هذا المنطلق تعتقد موسكو أن إعادة تشكيل الشرق الأوسط على هذا النحو لا يؤدي إلى الاستقرار بل يفتح الباب أمام الفوضى وتمدد الجماعات المتطرفة وهو الأمر الذي قد يُهدد أمنها الداخلي لا سيما في مناطق مثل: شمال القوقاز ووسط آسيا ذات الارتباط الثقافي والديني بالمنطقة[15]

وترفض روسيا مبدئياً أية ترتيبات إقليمية تُفرض من جانب واحد وترى في ذلك تكريسًا للأحادية القطبية التي تسعى لتجاوزها. وفي مقابل الرؤية الغربية تطرح موسكو رؤية تقوم على احترام سيادة الدول والحفاظ على وحدة أراضيها وتسوية النزاعات عن طريق الحوار لا بواسطة التدخل العسكري أو تغيير الأنظمة بالقوة. وينسجم هذا الموقف مع سياستها الخارجية التي تسعى إلى إعادة بناء التوازن الدولي وترسيخ دورها كقوة عظمى فاعلة لا يمكن تجاوزها في قضايا الأمن الإقليمي والدولي .[16]

---

[14] Akhtar, R., Atif, M. and Ikhlaq, M., *Russian Foreign Policy Towards the Middle East under the Leadership of Vladimir Putin*, Pakistan Languages and Humanities Review (PLHR), 6(3), (2022) 385–386.
[15] Hamzaoğlu, H. & Merdan, A. S., *The Arab Spring and Russia's Middle East Policy*, Journal of Mehmet Akif Ersoy University Economics and Administrative Sciences Faculty, 11(3), (2024) 12.
[16] Freedman, R., *Russia and the Middle East Under Putin*, Ortadoğu Etütleri, 2(3), (2010) 30–31.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وتُدرك أن تركيز المشروع على دمج الكيان الصهيوني في بنية المنطقة وإعادة ترتيب العلاقات الإقليمية على حساب القضايا العربية الجوهرية مثل القضية الفلسطينية يصب في مصلحة أطراف محددة ويُعيد رسم الخارطة الإقليمية وفق معايير لا تخدم مصالحها ولا تحترم توازنات القوى التقليدية في المنطقة. ولهذا تتعامل موسكو مع مشروع الشرق الأوسط الجديد كجزء من صراع أوسع على النظام الدولي وليس فقط كتوجه أمريكي نحو المنطقة.

المطلب الثاني

الممارسات العملية التي تعكس الموقف الروسي

لا يقتصر الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد على الجانب النظري أو الموقف الدبلوماسي بل تجسّد في خطوات عملية واضحة تعبّر عن استراتيجية مدروسة تهدف إلى تثبيت الحضور الروسي ورفض التهميش. ويُعد تحركها في سوريا عام (2015) أبرز تجلٍ لهذا التوجه؛ إذ مثّل نقطة تحول في السياسة الروسية تجاه المنطقة وأعاد ترسيخ نفوذ موسكو كقوة قادرة على التأثير المباشر في موازين القوى الإقليمية.

استطاعت روسيا إنقاذ أحد حلفائها من الانهيار ومنعت سقوط الدولة السورية حينذاك، كما ثبتت وجودها العسكري في قواعد بحرية وجوية استراتيجية على الساحل السوري الأمر الذي منحها موضعًا متقدمًا في شرق البحر المتوسط. ولم يكن ذلك مجرد تحرك عسكري بل رسالة سياسية واضحة مفادها أن موسكو لن تسمح بتكرار سيناريوهات التفكيك التي شهدتها وليبيا وأنها تسعى لأن تكون طرفًا لا غنى عنه في أي ترتيبات تخص مستقبل

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المنطقة.[17]

وترافق هذا الحضور العسكري مع جهود دبلوماسية نشطة تمثلت في رعاية موسكو لمسارات سياسية موازية لتلك التي يقودها الغرب مثل "مسار أستانا" و"محادثات سوتشي" والتي جمعت أطرافًا إقليمية وفاعلين ميدانيين دون تدخل أمريكي مباشر. وقد استطاعت روسيا عن طريق هذه المسارات تعزيز مكانتها كوسيط رئيسي وبناء علاقات متوازنة مع قوى متباينة مثل: إيران وتركيا وحتى مع دول الخليج.[18]

وعلى الصعيد الاقتصادي انتهجت روسيا سياسة التعاون المتعدد، فعززت شراكاتها في مجالات الطاقة والتسليح والبنية التحتية مع عدد من دول الشرق الأوسط. كما وقّعت اتفاقيات استراتيجية طويلة الأمد في مقدمتها اتفاقيات التعاون النووي مع مصر والتنسيق النفطي ضمن تحالف "أوبك بلس" مع السعودية. ويُعد هذا التوجه أحد أدوات روسيا لمواجهة الضغوط الغربية والعقوبات الاقتصادية من خلال تنويع شركائها وتوسيع نطاق علاقاتها التجارية خارج أوروبا .[19]

أما على المستوى الأمني فحرصت روسيا على تصدير نفسها كقوة استقرار تقدم الدعم العسكري عند الطلب دون شروط سياسية صارمة، كما تفعل بعض القوى الغربية. وقد ساعدها هذا الأسلوب في كسب ثقة عدد من الأنظمة التي تسعى إلى دعم خارجي لا يُهدد

---

17 Stepanova, E., *Russia in the Middle East: Back to a "Grand Strategy" or Enforcing Multilateralism?*, Politique Étrangère, issue 2 ،(2016) 11–12.

18 El-Rafie, A., *The Relations between Russia and NATO and its Impact on the Balances of Power in the Middle East*, Asia Perspectives, issue 14 ،(2024) 29–30.

19 Wolfgang Mühlberger & Marco Siddi, *In From the Cold: Russia's Agenda in the Middle East and Implications for the EU*, EuroMeSCo Brief ،(2019) 4–5.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

شرعيتها السياسية أو يفرض عليها تغييرات داخلية .[20]

وتعكس هذه الممارسات أن الموقف الروسي ليس مجرد رد فعل على السياسات الغربية، بل يمثل رؤية متكاملة تتعامل مع مشروع الشرق الأوسط الجديد بوصفه تحديًا استراتيجيًا يستدعي حضورًا روسيًا فاعلًا في قضايا المنطقة عن طريق أدوات متعددة: عسكرية دبلوماسية اقتصادية وأمنية. وعن طريق هذا التوجه تسعى روسيا إلى منع فرض واقع جديد لا يراعي مصالحها وإلى ترسيخ موقعها كشريك دولي لا يمكن تجاوزه في مستقبل الشرق الأوسط.[21]

المبحث الثالث

مستقبل الموقف الروسي من المشروع والتجليات التطبيقية

يتحدد مستقبل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد في ضوء التحولات المتسارعة في بنية النظام الدولي وتزايد حدة التنافس الجيوسياسي على الإقليم. وتنعكس تلك الرؤية الروسية عملياً عن طريق تجليات تطبيقية متباينة تسعى من خلالها موسكو إلى حماية مصالحها الاستراتيجية والتأثير في مسارات إعادة تشكيل الشرق الأوسط.

---

[20] Abbasov, N. and Souleimanov, E., *After Assad: How Russia Is Losing the Middle East*, Middle East Policy ،(2025) 8–9.

[21] فراس عباس مجيد، *ديناميكيات الاستراتيجية السعودية تجاه إعادة تشكيل ممارسات التأثير الجيوسياسي في منطقة الشرق الأوسط*، مجلة تكريت للعلوم السياسية، العدد (35)، (2024) 336–337.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الأول

مستقبل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد

يتحدد مستقبل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد في ضوء رؤى سياسية واقتصادية واستراتيجية تسعى من خلالها موسكو إلى الحفاظ على نفوذها الإقليمي ومواجهة محاولات إعادة تشكيل الإقليم وفق ترتيبات أحادية. وتعمل روسيا على توظيف أدواتها الدبلوماسية والاقتصادية والعسكرية بما يحقق توازن مصالحها الاستراتيجية في الشرق الأوسط.

أولاً- الرؤية السياسية:

ترتبط ملامح مستقبل الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد، ارتباطاً وثيقاً بمساعي موسكو للحفاظ على دورها كفاعل دولي رئيس في توازنات المنطقة؛ فروسيا لا تنظر إلى المشروع بوصفه مجرد مبادرة أمريكية لإعادة هندسة الشرق الأوسط، بل تراه محاولة لتقليص نفوذها واقصائها عن ترتيبات سياسية واقتصادية، ترتبط مباشرة بأمنها القومي ومجالها الحيوي، لذلك من المتوقع أن تتبنى موسكو سياسة مزدوجة تقوم على الانخراط الدبلوماسي من جهة، واستخدام أدوات القوة الصلبة من جهة أخرى، بما يضمن حضورها المستمر في أي صياغة مستقبلية للإقليم .[22]

ثانياً- الرؤية الاقتصادية:

يبقى البعد الاقتصادي حاسماً في رسم الموقف الروسي من المشروع، إذ تدرك روسيا أن مشاريع إعادة الإعمار وملف الطاقة يشكلان مدخلاً مهماً لترسيخ نفوذها، لا سيما في ظل

---

[22] مؤسسةRAND ، *الاستراتيجية الروسية في الشرق الأوسط*، المركز المصري للفكر والدراسات الاستراتيجية، (2017) 2–4.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التنافس على أسواق الغاز والنفط وخطوط الإمداد [23]،كما أن التحالفات مع بعض القوى الإقليمية، مثل: إيران وسوريا، ستبقى ركيزة أساسية في مواجهة أي مشروع يهدف إلى عزلها وتقويض نفوذها. وفي هذا السياق من المرجح أن تستخدم موسكو أدواتها في مجلس الأمن والمنظمات الدولية لتعطيل أي ترتيبات تُفرض دون مشاركتها أو لا تراعي مصالحها [24].

ثالثاً- الرؤية الاستراتيجية:

تدرك روسيا أن تجاهل المطالب العربية، لا سيما القضية الفلسطينية، يفتح المجال أمام تعزيز الهيمنة الأمريكية- الصهيونية، الأمر الذي يتعارض مع رؤيتها لعالم متعدد الأقطاب [25]، لذلك ستسعى موسكو إلى الظهور بمظهر الراعي المتوازن للسلام عن طريق دعم مسارات التفاوض، والمطالبة بتسوية عادلة، بما يمنحها شرعية إضافية أمام الشعوب العربية. ومن هنا يمكن القول إن الموقف المستقبلي لم يكن مجرد رد فعل، بل محاولة دائمة لإعادة صياغة مخرجات مشروع الشرق الأوسط الجديد، بما يتماشى مع استراتيجيتها الكبرى لإعادة تثبيت نفسها قوة دولية لا يمكن تجاوزها [26].

---

[23] مؤسسةRAND ، *حدود الاستراتيجية الروسية في الشرق الأوسط*، المركز المصري للفكر والدراسات الاستراتيجية، (2019) 5–6.

[24] المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات. *العلاقات الإيرانية– الروسية خلال الأزمة السورية.* الدوحة: ACRPS. 2017. ص 3–11.

[25] المصري، إبراهيم، *السياسة الروسية تجاه القضية الفلسطينية (2011–2019)* ، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد (65)، (2020) 1–15.

[26] مؤسسةRAND ، *الاستراتيجية الروسية في الشرق الأوسط*، المركز المصري للفكر والدراسات الاستراتيجية، (2017) 2–4.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المطلب الثاني

الموقف الروسي من الأزمة السورية

يفهم الموقف الروسي من فكرة مشروع" الشرق الأوسط الجديد"، بوصفه موقفاً مضاداً لإعادة هندسة الإقليم من الخارج، الأمر الذي دفعه لرفض تحويل الأزمة السورية منذ عام (2011) إلى بوابة لإسقاط أنظمة وإعادة توزيع النفوذ وفق أطر تقودها واشنطن وحلفاؤها. لأن موسكو تعاملت معها كساحة مركزية لاختبار مبدأ السيادة، وإعادة تثبيت روسيا كقطب دولي، لا كقوة إقليمية هامشية، الأمر الذي انعكس مبكراً في استخدامها المتكرر لحق النقض داخل مجلس الأمن في مواجهة مشاريع قرارات رأت فيها مدخلاً لتكرار السيناريو الليبي [27].

إلاّ أن التحول الحاسم وقع مع التدخل العسكري الروسي المباشر في (30 أيلول/ سبتمبر 2015)، عندما انتقلت موسكو من الاكتفاء بالحماية الدبلوماسية إلى إعادة تشكيل ميزان القوى الميداني في خطوة تهدف إلى منع انهيار النظام السوري وفرض وقائع جديدة تنتج شروط التفاوض، الأمر الذي تؤكده دراسات غربية رصينة تشير إلى أن التدخل الروسي" أنقذ نظام الأسد"، وغير مسار الحرب بكلفة محدودة نسبياً [28].

وبهذا المعنى، لم تكن سوريا مجرد حليف تقليدي، بل تحولت إلى منصة لتكريس عودة روسيا لاعباً دولياً فاعلاً في الشرق الأوسط، ورسالة واضحة بأن أي ترتيبات إقليمية جديدة

---

[27] Muriel Asseburg and Markus Kaim, *Russia's Military Intervention in Syria*, Its Operation Plan, Objectives, and Consequences for the West's Policies, SWP Comments (48), November (2015) 2.
[28] Nikolay Kozhanov, *Russian Policy Across the Middle East: Motivations and Methods*, Chatham House,(21) February (2018) 2.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

لا يمكن أن تصاغ بمعزل عنها[29]. ومع تثبيت المكاسب العسكرية للفترة (2016 - 2018)، انتقلت موسكو إلى إدارة البعد القانوني الدولي للأزمة، عن طريق مجلس الأمن لضبط مسارات الحل السياسي والإنساني، ولا سيما في ملف المساعدات العابرة للحدود، عندما وثقت تقارير رسمية أمريكية أن روسيا دفعت باتجاه تقليص تلك الآلية تدريجياً بحجة" احترام السيادة السورية" وموائمة التفويض مع الوقائع الجديدة على الأرض[30].

إلاّ أن الرهان الروسي على استدامة النظام السوري تعرّض لصدمة كبرى مع انهياره في (8 كانون الأول/ ديسمبر 2024)، الأمر الذي عُدّ تطوراً مثّل لحظة كسر في مسار السياسة الروسية، إذ اضطرت موسكو إلى إعادة تعريف أهدافها من "حماية النظام" إلى " حماية المصالح الاستراتيجية"، المتمثلة في القواعد العسكرية في طرطوس وحميميم، وغيرها. كما أن الوجود العسكري الروسي، الذي قدر بنحو (4000) عنصر قبل الانهيار، أصبح محوراً للتفاوض مع سلطات الأمر الواقع الجديدة، بما يعكس انتقال روسيا من موقع الداعم الحاسم للنظام إلى فاعل يسعى إلى تكييف نفوذه داخل بيئة سياسية مغايرة [31].

ونستدل مما مضى، أن" الموقف الروسي من الشرق الأوسط الجديد"، لم يكن موقفا خطابياً، بل سياسة متعددة الأدوات، جمعت بين القوة العسكرية وإدارة الشرعية الدولية، ثم انتقلت بعد انهيار النظام إلى مقاربة براغماتية تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من النفوذ في إقليم يتغير على نحو يتجاوز قدرة أي قوة منفردة من السيطرة عليه .

[29] Nikolay Kozhanov, *Russian Policy Across the Middle East: Motivations and Methods*, Chatham House,(21) February (2018) 2.
[30]Andrew S. Weiss and Nicole Ng. *Lessons From U.S. and Russian Operations in Syria.* Carnegie Endowment for International Peace. 2019. 2.
[31] Carla E. Humud and Christopher M. *Blanchard, Armed Conflict in Syria: Overview and U.S.* Response, Congressional Research Service (RL33487), Updated July (27), (2020) 25–26.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المبحث الرابع

المحددات والعقبات المؤثرة في الموقف الروسي من الشرق الأوسط الجديد

توجد مجموعة متعددة ومتنوعة من المحددات والمعوقات التي تؤثر في الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد، إذ يتأثر الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد بعدد من المحددات المتداخلة التي ترتبط بالتاريخ والجغرافيا والسياسة والاقتصاد والأمن. ولا يمكن فهم سلوك روسيا تجاه هذا المشروع إلا عن طريق تحليل تلك العوامل التي تشكل نظرتها للمنطقة وتحدد مصالحها وأولوياتها فيها[32]. وسنبين ذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

المحددات المؤثرة في الموقف الروسي.

يتأثر الموقف الروسي من مشروع الشرق الأوسط الجديد بعدد من المحددات المتداخلة التي تؤثر في موقفه من عملية إعادة هندسة المنطقة وتغيير الخرائط، وترتبط بالتاريخ والجغرافيا والسياسة والاقتصاد والأمن، وكما يلي:

أولا- المحدد التاريخي والجيوسياسي:

تتمثل أولى هذه المحددات في المقوم التاريخي والجيوسياسي، إذ تنظر روسيا إلى منطقة الشرق الأوسط بوصفها ساحة تقليدية للتنافس بين القوى الكبرى ومجالًا حيويًا يرتبط بأمنها القومي. فمنذ العهد القيصري سعت روسيا للوصول إلى البحار الدافئة لا سيما البحر

---

[32] Hamzawy, A. *Russia in the Middle East and North Africa: Arms, Power Projection, and Nuclear Diplomacy.* Carnegie Endowment for International Peace. 2024. 4.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

المتوسط وذلك عن طريق النفوذ في مناطق مثل سوريا ولبنان. وتُعد المضائق البحرية والطرق التجارية في المنطقة عناصر حيوية للمصالح الروسية لا سيما في ظل القيود الجغرافية التي تواجهها موسكو في الشمال والشرق. ومن هذا المنطلق فإن أي محاولة لإعادة تشكيل الشرق الأوسط خارج الإطار الروسي تُعد تهديدًا لتوازنات تعدها موسكو تقليديًا جزءًا من مجالها الجيوسياسي [33].

ترتبط هذه النظرة أيضًا بالواقع الداخلي لروسيا لا سيما في ظل وجود مناطق ذات أغلبية مسلمة في جنوب البلاد مثل شمال القوقاز. وتخشى موسكو من أن يؤدي تفكيك الدول المركزية في الشرق الأوسط أو انتشار الفوضى إلى انتقال عدوى عدم الاستقرار إلى حدودها الجنوبية. يعكس هذا الطرح الموقف الرسمي للاتحاد الروسي كما ورد في" وثائق السياسة الخارجية والأمن القومي الروسي"، لذلك فإن أي مشروع يستهدف إضعاف الدول في المنطقة أو تقسيمها يُقابَل بالحذر والرفض من جانب روسيا لأنه يهدد التماسك الداخلي ويُشجع التيارات المتطرفة التي قد تجد في الاضطراب الإقليمي بيئة مناسبة للتمدد [34].

ثانياً. المحدد السياسي:

ترى روسيا من الناحية السياسية في الشرق الأوسط فرصة لتعزيز مكانتها الدولية في مواجهة الهيمنة الأمريكية. فمنذ تراجع نفوذها بعد انهيار الاتحاد السوفيتي سعت موسكو إلى استعادة دورها كقوة عظمى واستخدمت ملفات المنطقة كأداة لإثبات حضورها على

---

[33] عائشة عمراني. *التنافس الأمريكي الروسي في منطقة الشرق الأوسط: سورية نموذجًا 2010–2018.* رسالة ماجستير. جامعة قاصدي مرباح ورقلة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. 2019. ص 23–24.

[34] Hamzaoğlu, H.& Merdan, A. S., *The Arab Spring and Russia's Middle East Policy*, Journal of Mehmet Akif Ersoy University Economics and Administrative Sciences Faculty ،11(3) ،(2024) 1106–1107.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الساحة الدولية. ويُعد موقفها من مشروع الشرق الأوسط الجديد انعكاسًا لهذه الرغبة إذ تَعد هذا المشروع يُقصيها من ترتيبات إقليمية تُبنى لصالح الغرب وتُهمّش فيه مصالحها. ولهذا السبب تسعى روسيا إلى التصدي لأي ترتيبات جديدة في المنطقة لا تكون شريكًا فاعلًا فيها، وهذا ما أكدته وثيقة" مفهوم السياسة الخارجية الروسية"، فضلاً عن تصريح الكرملن المرتبط بالرؤية الروسية في المنطقة [35] .

ثالثاً- المحدد الاقتصادي:

وعلى الصعيد الاقتصادي فإن للمنطقة أهمية كبيرة في استراتيجية روسيا لا سيما في ظل اعتمادها على صادرات الطاقة. فالتعاون مع دول الخليج خصوصًا في إطار "أوبك بلس" يمنح روسيا تأثيرًا مباشرًا في سوق النفط العالمية. كما أن الشراكات الاقتصادية في مجالات الغاز والطاقة النووية والبنية التحتية تُوفر لها فرصًا لتوسيع نفوذها الاقتصادي وتقليل أثر العقوبات الغربية المفروضة عليها منذ عام 2014. وبالتالي فإن أي مشروع قد يُضعف هذه الشراكات أو يُعيد رسم النفوذ الاقتصادي في المنطقة يُقابَل بتحفظ روسي واضح [36].

رابعاً- المحدد العسكري:

أما من الناحية العسكرية فتُعد المنطقة منصة مهمة للوجود العسكري الروسي خارج حدودها المباشرة. وقد رسخت موسكو هذا الحضور عن طريق قواعدها في سوريا مثل قاعدة "حميميم" الجوية و"طرطوس" البحرية مما يمنحها قدرة استراتيجية على مراقبة شرق المتوسط والتحرك إقليميًا. كما أن صفقات السلاح مع بعض دول المنطقة تُعد أداة

---

35 أشرف عبد الرحمن مؤنس، *السياسة الخارجية الأمريكية تجاه الشرق الأوسط*، مجلة القلزم للدراسات التاريخية والحضارية، العدد (28)، (2023) 16–17.

36 Hamzawy, A., Op.Cit., 7.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

من أدوات السياسة الروسية لتقوية علاقاتها الأمنية والعسكرية وموازنة النفوذ الأمريكي في مجال التسلح. وتُدرك روسيا أن مشروع الشرق الأوسط الجديد بصيغته الغربية قد يُهدد هذا التمركز العسكري أو يُعيد توجيه سياسات الدول نحو الحلف الأطلسي [37].

وعن طريق هذه المحددات مجتمعة يتبلور الموقف الروسي بوصفه موقفًا قائمًا على رفض التغيير الذي يأتي من طرف واحد ولا سيما من قبل الولايات المتحدة. وتسعى موسكو إلى الحفاظ على توازن القوى في المنطقة ومنع نشوء واقع إقليمي جديد لا يأخذ مصالحها بعين الاعتبار. فروسيا لا تعارض بالضرورة أي تغيير في الشرق الأوسط لكنها ترفض أن يتم ذلك عن طريق تدخلات أحادية أو مشاريع تهميشية وتعمل على أن تكون طرفًا أساسيًا في أي ترتيبات إقليمية مستقبلية [38].

المطلب الثاني

العقبات المؤثرة في الموقف الروسي

تواجه روسيا جملة من العقبات "البنيوية والاستراتيجية"، التي حدّت من قدرتها على بلورة موقف حاسم ومكتمل الأركان في مواجهة مشروع "الشرق الأوسط الجديد"، أهمها:

[37] El-Rafie, A., Op.Cit .27–28.

[38] عائشة عمراني، مرجع سابق ، ص : 25–26.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

أولاً:اختلال ميزان القوى الدولي لصالح الولايات المتحدة وحلفائها، الذي يرافقه هيمنة غربية على الأدوات الاقتصادية والمالية العالمية، الأمر الذي جعل قدرة موسكو على تحويل الرفض السياسي إلى بدائل إقليمية شاملة محدودة التأثير[39].

ثانياً:كما شكّل تعدد الفواعل الإقليميين والدوليين في الشرق الأوسط عائقاً إضافياً، إذ اضطرت روسيا إلى إدارة شبكة معقدة من العلاقات المتناقضة مع قوى متنافسة مثل: إيران، وتركيا، وإسرائيل، ودول الخليج، الأمر الذي قيد هامش حركتها ومنعها من فرض رؤية إقليمية متماسكة مضادة للمشروع الأمريكي [40].

ثالثاً:ظهور الأعباء الاقتصادية والعسكرية بوصفها عاملاً ضغطاً مستمراً، ولا سيما بعد عام (2022)، إذ أدّت الحرب في أوكرانيا والعقوبات الغربية الواسعة إلى استنزاف الموارد الروسية، وأضعفت قدرتها على الانخراط بعيد الأمد في ملفات الشرق الأوسط بنفس الزخم الذي طبع مرحلة بعد (2015) [41].

رابعاً: اصطدام موسكو بعقبة الهشاشة الداخلية لحلفائها الإقليميين، إذ كشفت التجربة السورية أن دعم الأنظمة لا يضمن بالضرورة استدامتها، وأن التحولات الاجتماعية، والاقتصادية العميقة في دول المنطقة قد تتجاوز قدرة الدعم الخارجي على الاحتواء، الأمر

[39] Dmitri Trenin. *What Is Russia Up to in the Middle East?* Polity Press. Cambridge. 2018. 21–24.
[40] Nikolay Kozhanov. *Russian Policy Across the Middle East: Motivations and Methods*. Chatham House. London. 2018. 3–4.
[41] Andrew S. Weiss. *Russia's Middle East Strategy after Ukraine*. Carnegie Endowment for International Peace. Washington DC. 2023. 7–9.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الذي انعكس بوضوح في انهيار نظام(بشار) الأسد عام (2024) رغم سنوات من التدخل الروسي المكثف[42].

خامساً: محدودية أدوات روسيا الناعمة في المنطقة مقارنة بالغرب، سواء على مستوى النفوذ الاقتصادي أو الجاذبية المؤسسية، الأمر الذي جعل معارضتها لمشروع "الشرق الأوسط الجديد"، أقرب إلى سياسة تعطيل وضبط إيقاع، لا إلى مشروع بديل متكامل[43] .

وعليه، يمكن القول إن الموقف الروسي من المشروع ظل محكوماً بمعادلة دقيقة بين الطموح في كبح إعادة تشكيل الإقليم من الخارج، والقيود الواقعية التي فرضتها بنية النظام الدولي، وتوازنات الشرق الأوسط المتحولة، وقدرات روسيا الذاتية، الأمر الذي يفسر انتقال موسكو من منطق "المواجهة الصلبة" إلى "البراغماتية التكيفية" في إدارة موقفها من المشروع.

الخاتمة

تشير دراسة مشروع الشرق الأوسط الجديد وتحليل الموقف الروسي منه إلى أن المنطقة تمثل مسرحاً رئيساً للصراع على النفوذ بين القوى الكبرى وواحدة من أكثر المناطق حساسية في حسابات الأمن والاستراتيجية الدولية. فالشرق الأوسط يمتلك مقومات فريدة جعلته على الدوام محورًا للتنافس العالمي؛ فهو يربط بين ثلاث قارات كبرى ويحتوي على أهم موارد الطاقة في العالم ويتحكم في ممرات بحرية حيوية تمر عن طريقها خطوط

[42] UK Parliament, House of Commons Library. *Syria after Assad: Consequences and interim authorities.* CBP-10161. 2025. 12–14 ،44–45.
[43] Bobo Lo. *Russia and the New World Disorder.* Brookings Institution Press. Washington DC. 2015. 98–101.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التجارة الدولية مثل قناة السويس ومضيق هرمز وباب المندب. ولهذا السبب فإن أي تحولات سياسية أو أمنية كبرى في هذه المنطقة تنعكس بشكل مباشر على استقرار النظام الدولي ككل.

وعن طريق تحليل المحددات المؤثرة في الموقف الروسي يتضح أن موسكو تنظر إلى مشروع الشرق الأوسط الجديد من منظور شامل يتجاوز الحدود الجغرافية للمنطقة. فروسيا ترى في هذه المشاريع محاولة لإعادة صياغة البيئة الاستراتيجية العالمية بما يخدم مصالح الغرب والولايات المتحدة تحديدًا ويقيد قدرتها على الحركة والمناورة كقوة عظمى. كما تدرك أن أي نجاح لهذه المشاريع في تفكيك الدول المركزية أو خلق كيانات ضعيفة سيؤدي إلى فوضى إقليمية قد تمتد آثارها إلى محيطها الجنوبي وحدودها الداخلية خاصة في القوقاز وآسيا الوسطى، إذ توجد أقليات مسلمة ونقاط تماس حساسة مع البيئة الشرق أوسطية.

ومن ثمّ يمكن القول أن روسيا تنظر إلى الشرق الأوسط بوصفه ساحة مركزية لصياغة المستقبل السياسي والأمني للعالم وانها تتعامل مع كل مشروع لإعادة تشكيل المنطقة من منظور استراتيجي يهدف الى حماية مصالحها الحيوية على المدى الطويل. وعن طريق مزيج من الأدوات الصلبة والناعمة وبواسطة حضور عسكري واقتصادي ودبلوماسي نشط تعمل موسكو على منع أي ترتيبات تهدد نفوذها او تخل بالتوازن الدولي مع السعي لترسيخ مكانتها كفاعل رئيس في رسم ملامح النظام العالمي في القرن الحادي والعشرين.

- **النتائج**

يتضح أن مشروع الشرق الأوسط الجديد ليس مشروعا إقليميا بحتا، بل امتداد لسياسات القوى الكبرى الساعية الى اعادة تشكيل موازين القوى العالمية عن طريق السيطرة على الممرات الحيوية ومصادر الطاقة في المنطقة.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

يظهر التحليل أن الموقف الروسي ينبع من رؤية استراتيجية شاملة تربط بين أمن روسيا القومي ومكانتها الدولية وبين التطورات الجيوسياسية في الشرق الأوسط، إذ ترى موسكو أن أي خلل كبير في المنطقة يمكن أن يمتد أثره إلى حدودها الجنوبية وفضائها الحيوي في القوقاز وآسيا الوسطى.

كما يَظهر أن روسيا تتبنى مزيجا من السياسات الدفاعية والهجومية في التعامل مع مشروع الشرق الأوسط الجديد فهي من جهة ترفض أي ترتيبات أحادية تقودها الولايات المتحدة وحلفاؤها ومن جهة أخرى تعمل على تعزيز نفوذها عبر التدخلات العسكرية والتحالفات السياسية والروابط الاقتصادية طويلة المدى.

تؤكد دراسة التجربة السورية أن التحرك العسكري المباشر يمثل أحد أهم أدوات روسيا في حماية مصالحها ومنع تنفيذ مشاريع تقسيم أو تغيير أنظمة قد تهدد نفوذها الإقليمي وفي الوقت نفسه يوفر لها موطئ قدم استراتيجي يمكنها من ممارسة دور أساسي في أي ترتيبات مستقبلية للمنطقة.

تشير النتائج إلى أن الموقف الروسي يعتمد على رؤية توازن قوى متعددة الأطراف إذ تسعى موسكو الى بناء شبكة علاقات متنوعة مع قوى متنافسة في المنطقة مثل: إيران وتركيا ودول الخليج بما يضمن لها الحضور والتأثير في جميع الملفات الحساسة.

يتضح أن البعد الاقتصادي يشكل ركناً أساسياً في الموقف الروسي سواء عن طريق صفقات السلاح أو الشراكات في مجال الطاقة والاستثمارات الاستراتيجية إذ تستخدم روسيا هذه الأدوات لتعزيز نفوذها السياسي وتأمين مصالحها على المدى الطويل.

- **التوصيات**

1- ضرورة أن تتبنى روسيا استراتيجية أكثر شمولية تجمع بين الأدوات العسكرية والسياسية والاقتصادية والثقافية لتعزيز نفوذها في المنطقة والحفاظ على مصالحها الاستراتيجية.

2- أهمية استمرار موسكو في بناء شبكة تحالفات مرنة مع مختلف القوى الإقليمية والدولية لضمان قدرتها على مواجهة أي ترتيبات جديدة تهدف إلى تهميش دورها في الشرق الأوسط.

3- الحاجة إلى التركيز على البعد الاقتصادي عن طريق زيادة الاستثمارات الروسية في مشاريع الطاقة والبنية التحتية داخل دول المنطقة بما يرسخ نفوذاً طويل المدى ويحد من الضغوط الغربية.

4- تعزيز دور روسيا كوسيط في النزاعات الإقليمية بما يضمن لها صورة القوة الراعية للاستقرار وفي الوقت نفسه يمنحها موضعاً متقدماً في الترتيبات السياسية المستقبلية.

5- ضرورة مراقبة التحولات المرتبطة بمشاريع إعادة تشكيل الشرق الأوسط بشكل مستمر ووضع خطط استباقية للتعامل مع أي سيناريوهات قد تؤدي الى تفكيك الدول المركزية أو خلق فراغات أمنية تهدد المصالح الروسية.

6- توسيع استخدام القوة الناعمة الروسية عن طريق التعاون الثقافي والإعلامي والديني مع شعوب المنطقة لتعزيز صورة روسيا كشريك استراتيجي موثوق وليس مجرد قوة خارجية ذات مصالح عسكرية واقتصادية.

7- الحرص على الموازنة بين التدخل المباشر واستخدام الأدوات غير المباشرة لضمان

حماية المصالح الروسية مع تجنب الانخراط في صراعات قد تستنزف مواردها أو تؤدي إلى تصعيد غير محسوب مع القوى الغربية.

المصادر و المراجع

- **المراجع العربية :**

1- **إبراهيم المصري.** *السياسة الروسية تجاه القضية الفلسطينية (2011–2019)*، المجلة العربية للعلوم السياسية، العدد 65.(2020)

2- **أحمد الباسوسي.** *دور محدد الطاقة في استراتيجية الفواعل المسلحة العنيفة من غير الدول في الشرق الأوسط: حالتا تنظيم القاعدة والدولة الإسلامية (داعش)*، مجلة كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، المجلد 23، العدد 2.(2022)

3- **ساندي ياسر العساسفة .** *الشرق الأوسط الجديد ما بعد سايكس بيكو*، مجلة رماح للبحوث والدراسات، العدد 77.(2023)

4- **سهيل عروسي.** *قراءة نقدية في مشروع الشرق الأوسط الجديد*، المجلة الثقافية، العدد 70.(2007)

5- **عائشة العمراني.** *التنافس الأمريكي الروسي في منطقة الشرق الأوسط: سورية نموذجًا 2010–2018*، (رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019).

6- **علي محسن سرهيد عباس.** *موقف سوريا من مشاريع الأحلاف الغربية في الشرق الأوسط 1950–1955*، مجلة آداب الكوفة، المجلد 15، العدد 55.(2023)

7- **فراس عباس مجيد.** *ديناميكيات الاستراتيجية السعودية تجاه إعادة تشكيل ممارسات التأثير الجيوسياسي في منطقة الشرق الأوسط*، مجلة تكريت للعلوم السياسية، العدد 35.(2024)

8- **قيصر فرحان حسن.** *مستقبل منطقة الشرق الأوسط في ضوء التنافس الأمريكي الصيني*، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المجلد 5، العدد 7.(2024)

9- **مازن صباغ.** *رؤى بديلة للشرق الأوسط الجديد*، شؤون الأوسط، العدد 128.(2008)

10- **مؤنس أشرف عبد الرحمن.** *السياسة الخارجية الأمريكية تجاه الشرق الأوسط*، مجلة القلزم *للدراسات التاريخية والحضارية*، العدد 28.(2023)

11- **مؤنس أشرف عبدالرحمن.** مصطلح الشرق الأوسط: *مدلوله ومكوناته*، *المؤتمر الدولي: مستقبل منطقة الشرق الأوسط*، *رؤية مصر 2030*، القاهرة: جامعة عين شمس – مركز بحوث الشرق الأوسط والدراسات المستقبلية.(2020)

12- **المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات.** *العلاقات الإيرانية–الروسية خلال الأزمة السورية*، *الدوحة*..ACRPS (2017)

13- **مركز .RAND** *الاستراتيجية الروسية في الشرق الأوسط*، المركز المصري للفكر والدراسات الاستراتيجية.(2017)

14- **مركز .RAND** حدود *الاستراتيجية الروسية في الشرق الأوسط*، المركز المصري للفكر والدراسات الاستراتيجية، القاهرة.(2019)

15- **نضيرة محمود خطاب.** *العراق ومشروع الشرق الأوسط الجديد: رؤية إسرائيلية*، مجلة تكريت للعلوم السياسية، العدد 11.(2017)

16- **هالة خالد حميد.** *دور العراق في الترتيبات الأمنية الأمريكية في مشروع الشرق الأوسط الكبير*، مجلة العلوم السياسية.(2015)

- **المراجع الأجنبية :**

1- Nurlan Abbasov & Emil Souleimanov, *After Assad: How Russia Is Losing the Middle East*, Middle East Policy (2025).
2- Rashid Akhtar, Muhammad Atif & Muhammad Ikhlaq, *Russian Foreign Policy towards the Middle East under the Leadership of Vladimir Putin*, Pakistan Languages and Humanities Review, 6(3) (2022).
3- Silvia Colombo & Eduard Soler i Lecha, *Europe and the "New" Middle East, Journal of Balkan and Near Eastern Studies*, 23(3) (2021).
4- Ahmed El-Rafie, *The Relations between Russia and NATO and Its Impact on the Balances of Power in the Middle East*, Asia Perspectives, issue 14 (2024).
5- Robert Freedman, *Russia and the Middle East under Putin*, Ortadoğu Etütleri, 2(3) (2010).

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

6- Amr Hamzawy, *Russia in the Middle East and North Africa: Arms, Power Projection, and Nuclear Diplomacy*, Carnegie Endowment for International Peace (2024).
7- Hakan Hamzaoğlu&Ali Serdar Merdan, *The Arab Spring and Russia's Middle East Policy*, Journal of Mehmet Akif Ersoy University Economics and Administrative Sciences Faculty, 11(3) (2024).
8- Christopher Kane & Miles Pomper, *Implications of Russia's Activities in the Middle East and North Africa Region for U.S. Strategy and Interests,* James Martin Center for Nonproliferation Studies, Middlebury Institute of International Studies at Monterey (2021).
9- Ekaterina Stepanova, *Russia in the Middle East: Back to a "Grand Strategy" or Enforcing Multilateralism?,* Politique Étrangère, issue 2 (2016).
10- Wolfgang Mühlberger & Marco Siddi, *In from the Cold: Russia's Agenda in the Middle East and Implications for the EU*, EuroMeSCo Brief (2019).
11- Muriel Asseburg&Markus Kaim, *Russia's Military Intervention in Syria: Its Operation Plan*, Objectives, and Consequences for the West's Policies, SWP Comments no. 48, Stiftung Wissenschaft und Politik, Berlin (2015).
12- Barry Buzan&Ole Wæver, *Regions and Powers: The Structure of International Security,* Cambridge University Press, Cambridge (2003).
13- Michael Joseph Cohen, *The Middle East in World Politics,* 6th ed., Routledge, New York (2015).
14- Louise Fawcett, *International Relations of the Middle East*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford (2023).
15- Carla Elizabeth Humud&Christopher Mark Blanchard, *Armed Conflict in Syria: Overview and U.S. Response*, Congressional Research Service, Washington DC (2020).
16- Nikolay Kozhanov, *Russian Policy across the Middle East: Motivations and Methods*, Chatham House, London (2018).
17- Bobo Lo, *Russia and the New World Disorder*, Brookings Institution Press, Washington DC (2015).
18- Dmitri Trenin, *What Is Russia Up to in the Middle East?,* Polity Press, Cambridge (2018).
19- Andrew Scott Weiss, *Russia's Middle East Strategy after Ukraine,* Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC (2023).

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

20- Andrew Scott Weiss & Nicole Ng, *Lessons from U.S. and Russian Operations in Syria*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington DC (2019).
21- UK Parliament, House of Commons Library, *Syria after Assad: Consequences and Interim Authorities*, Research Briefing CBP-10161, London (2025).
22- Wolfgang Mühlberger & Marco Siddi, *In from the Cold: Russia's Agenda in the Middle East and Implications for the EU*, EuroMeSCo Brief (2019).
23- Nikolay Kozhanov, *Russian Policy across the Middle East: Motivations and Methods*, Chatham House (2018).

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الدَّوْرُ الرِّيَادِيُّ لِلْمُشَرّعِ العِرَاقِيِّ فِي بَابِ انْحِلَالِ العَقْدِ (ورقة عمل)*

The pioneering role of the Iraqi legislator in the chapter on contract dissolution

أ.د ضمير حسين ناصر المعموري
جامعة بابل/كلية القانون

م.د محمد عدنان باقر
جامعة بابل /كلية القانون

انحلال العقد، يفترض وجود عقد منعقد ومنتج لأثاره ، ثم ورود سـبب قانوني يزيل هذا الوجود القانوني، للعقد، ويمحو اثاره. ومعه فلا مجال للقول بانحلال العقود، في حال بطلانها، لأنها لا تنعقد ولا ترتب اثراً، بحسب الأصل، لعدميتها. على خلاف العقود القابلة للإبطال، فلأنها تنتج اثاراً، فيصح انحلالها، أو يصح أن يردَّ عليها الانحلال. وذات القول يصح، في شأن العقود الموقوفة، فهي وأن لم تفد الحكم أو الاثار في الحال، لكنها عقود صحيحة، يصح أن يردّ، عليها، انحلال. والاسباب القانونية، التي تؤدي إلى الانحلال أما أن تقترن، بتكوين العقد، أو تتحقق في مرحلة تالية لتكوين العقد، كأسباب الفسخ، والانفساخ، والإقالة، والرجوع ، وفيما يتعلق بالرجوع، فهو سبب مقصور على الهبة، والراجح من آراء الفقه، فيما يراه من قبيل الفسخ[1]. وهي تؤدي إلى زوال العقد، وبأثر رجعي، حسب الأصل، ولا يستثنى من ذلك الا عقود المدة. وفيما يتعلق بالأسباب المعاصرة لتكوين العقد، فهي التي تتصل بنقص الأهلية وعيوب الرضا. وانحلال العقد لأسباب معاصرة لتكوينه، يتحقق في اسباب من قبيل قابلية العقد للإبطال كما في نقص الأهلية وعيوب الرضا، أما الاسباب التي تطرأ بعد تكوينه فهي الفسخ والانفساخ، والإقالة . ورغم أن انحلال العقد يأتي على وجود العقد ويمحو اثاره، فأن هناك رأيا في الفقه العربي يذهب، إلى أن انقضاء الالتزامات العقدية يعتبر طريقاً من طرق انحلال العقد أو زواله، وهو ما لا يمكن قبوله، ذلك أن من أهم طرق انقضاء الالتزام والوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء، فأن تنفيذ الالتزامات، وأن أدى إلى انقضائها، فأنه لا يمحو آثار العقد ولا يلغي الكيان المادي والقانوني له، بل يظل العقد قائماً، ويبقى سنداً

---

*ورقة عمل قدمت في افتتاحية المؤتمر العلمي الخامس لكلية القانون /جامعة المثنى وبالتعاون مع جامعة المنصورة / جمهورية مصر العربية تحت عنوان (المواجهة القانونية للتطرف العنيف) للفترة من 14-15 / 4 /2025 .

[1] سليمان مرقس، نظرية العقد، مصدر سابق، ص405.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

لما ترتب عليه من التزامات، وما تم من وفاء للالتزامات. فوفاء الالتزامات لا يبعد من أن يكون طريقاً للانحلال، فحسب، بل هو، تأكيد لوجود العقد، وأن الانقضاء، يرد على الالتزامات العقدية، بينما الانحلال يرد على العقد ذاته[2].

ومن جهة، أخرى، من المناسب، التمييز، ما بين انحلال العقد، وبين انتهاء مدته او انهائها. ذلك أن اسباب الانحلال ترد على جميع انواع العقود سواء كانت عقوداً فورية، أم مستمرة، في حين أن انتهاء العقد، أو انهاؤه، فلا يكون إلا في العقود المستمرة. إذ ينتهي العقد بانقضاء مدته. فيضع انتهاء المدة، حداً لآثار العقد، بالنسبة للمستقبل، إذ لا تنشأ بعد انتهائه التزامات جديدة، من نوع الالتزامات المستمرة أو المتجددة التي كان ينشئها حتى لحظة الانتهاء، ولكن هذا لا يمس بما سبق وأن انتجه العقد من الالتزامات. ولعله من المفيد التمييز ما بين انحلال العقد وبين انقضاء الالتزامات العقدية. وأهم طرق انقضاء الالتزامات الوفاء وما يقوم مقام الوفاء، وتنفيذ التزامات العقدية، يؤدي إلى انقضاء الالتزامات العقدية، فأنه لا يؤثر في الوجود القانوني والمادي للعقد، بل تبقى ويبقى سنداً للحقوق التي انشأها والالتزامات التي قررها ودليلاً لما تم منها, وعلى هذا، فالوفاء ليس انحلالاً للعقد، بل هو تأكيد لوجوده وصحته، وإذ ما تحقق ويكون انقضاء، فيكون انقضاءً للالتزامات الناشئة لا للعقد الذي انشأها. وعلى هذا فلا يعد العقد مثلاً في حال تنفيذ التزاماته، فانقضاء التزامات عقد البيع بنقل ملكية المبيع وتسلمه والوفاء بالثمن من المشتري، لا يعني أن العقد قد انحل، بل تبقى التزاماته الثانوية قائمة، رغم تنفيذ وانقضاء التزاماته الأصلية، فضمان التعرض والاستحقاق مثلاً يبقى رغم انقضاء التزاماته عقد البيع الأصلية، وعلى هذا فلا يمكن عدّ تنفيذ الالتزامات من خلال وفائها انحلالاً للعقد.

كما يلزم، أن نميز ولو على عجل ما بين انحلال العقد، وبين انتهاء مدته، فجميع العقود، سواء كانت فورية أم مستمرة، يرد عليها، الانحلال. أما انتهاء العقد أو انهاؤه، فلا يكون إلا في العقود المستمرة، وهي تلك العقود، التي تتجدد مع الزمن، أو تمتد اثارها مع الزمن، والتي تنتهي، بانقضاء، مدتها المتفق عليها، أو التي حددها الأطراف أو القانون، حيث يضع انتهائها حداً لها للمستقبل، فلا تنشأ منه بعد انتهاء مدته، التزامات جديدة، لكن انتهاءها لا يمس كيان العقد القانوني والمادي، ولا ما سبق وأن انتجه من آثار: فإذا كانت لم توف، جاز تنفيذها، بل جاز لإجبار على هذا التنفيذ، رغم انتهاء العقد، فالعقد في حال انتهاءه يبقى سبباً صحيحاً لنشوء الالتزامات ولصحه الوفاء بها، وعلى هذا، فلا يكون صحيحاً، القول بانحلال

---

[2] احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ط2، البند 393، أشار إليه سلمان مرقس، أصول الالتزامات. ج2، مصادر الالتزام، ص430.

العقد الذي انتهت مدته، فانتهاؤه يوقفه للمستقبل فقط، أو يوقف انتاج آثاره، للمستقبل، فحسب. وذات الكلام يصح في حال انتهاء العقد قبل انقضاء مدته، كما إذا اتفق الطرفان على ذلك، أي على انهائه قبل مدته.

ومثلما يتم انتهاء العقود الفورية بانقضـاء مدتها، أو الاتفاق على انتهائها، فـــأنها احياناً تنتهي بإرادة أحد المتعاقدين، أي إرادة منفردة. وعلى هذا فانقضـــاء العقد بانتهاء مدته أو بالاتفاق على انتهائه أو بانتهائه بإرادة منفردة يؤدي إلى انقضـــاء العقد وتوقفه عن انتاج آثار للمســتقبل، أما ســبق وأن أنتج من حقوق والتزامات، فتبقى، ويبقى العقد سنداً وسبباً لها ويبقى، كما قلنا، الكيان المادي، والقانوني، ويقتصـر تأثير الانتهاء على الآثار المســتقبلية، ومعه فلا يعد انتهاء العقد انحلال له، فالانحلال، رفع القوة الملزمة للعقد للماضي والمستقبل على حد سواء، أما الانتهاء أو الانهاء فهو رفع للقوة الملزمة للعقد للمستقبل فحسب.

وفي الموضع، المخصص لانحلال العقد تطرق المشرع العراقي، إلى الفسخ في المادة (177) واعتباره العقد مفسوخاً، من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي في المادة (178)، وإلى انفساخ العقد لهلاك المعقود عليه في المعاوضات (179)، وإلى سقوط الالتزامات المترتبة في حال الفسخ والانفساخ المادة (180)، وإلى الإقالة والشروط اللازم توفرها فيها، وتكييفها في المواد (181-183) من القانون المدني العراقي. ومعه فسنتحدث في الفسخ في فرع الأول، على أن يكون الفرع الثاني مخصصاً للانفساخ، في حين سيكون الفرع الثالث للإقالة.

الفرع الأول
الفسخ

اســقرت الشــرائع القانونية ، في الوقت الاضــر ، وبعد ان مرّت بمراحل تطور ، ان عدم تنفيذ المدين للالتزام العقدي، يعطي حقا للدائن في التحلل من العقد عن طريق فسخه. والفسخ هو احدى طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع المدين العقدي، في عقد ملزم للجانبين[3]، في تنفيذ التزامه، أو تأخره، أو تنفيذه تنفيذاً معيباً.

وقد نصت المادة (177) من المدني العراقي أنه ((1- في العقود الملزمة للجانبين، إذ لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه العقد، جاز للعاقد الأخر بعد الاعذار أن يطلب الفســخ مع التعويض، إن كان له مقتضــى على أنه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين، قليلاً بالنسبة إلى الالتزام من جملته.

[3] - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ،ط 1، مكتبة الوفاءالقانونية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 189.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

2- ففي عقد الإيجار أن امتنع المستأجر عن إيفاء الاجرة المستحقة الوفاء، كان للمؤجر فسخ الإجارة، وفي إيجار العمل أن امتنع المستأجر عن إيفاء الأجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد، وفي عقد البيع يجوز للبائع أو المشتري أن يطلب الفسخ إذا لم يؤدِ العاقد الأخر ما وجب عليه بالعقد، كما يثبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد)).

وجاء موقف المشرع العراقي في الفقرة الأولى من المادة (177) مطابقاً لموقف القانون المدني المصري والقوانين[4] ، التي تأثرت به فيما يتعلق بفسخ العقود الملزمة للجانبين قضائياً ، ومن جهة شروط الفسخ وطلبه بعد الاعذار وسلطة المحكمة في أن تمنح المدين نظرة الميسرة، وسلطتها في رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفِ به المدين قليلا بالنسبة إلى الالتزام في جملته.

وموضع انفراد وتميز المشرع العراقي، تمثل بالفقرة الثانية من المادة (177) والتي جاءت على ذكر تطبيقات في أهم مسائل الفسخ القضائي. واستطردت في ذكر الفسخ بخيار العيب، لأنه في الواقع فسخ قضائي للعقد، وأن كانت طبيعته تختلف عن الفسخ المقصود، هنا، مع أنه فسخ خاص بالبيع والإجارة، وما هو في معنى البيع كالقسمة والصلح[5].

وسيكون مقبولاً، لو وجه النقد إلى موقف المشرع العراقي في الفقرة الثانية لأنها لا تعدو أن تكون تطبيقات. ومن الممكن دعوة المشرع لتجنبها.

الفرع الثاني
انفساخ العقد

نصت المادة (179) من القانون المدني العراقي أنه ((1- إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات، وهو في يد صاحبه أنفسخ العقد، سواء كان هلاكه بفعله أم بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه.2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع، قبل أن يقبضه المشتري يكون في مال البائع، ولا شيء على المشتري)).

[4] انظر المادة (157) من القانون المدني المصري. والمادة (158) من القانون المدني السوري والمادة (119) من المدني الجزائري، والمادة (246) من القانون المدني الأردني، والمادة (209) من القانون المدني الكويتي، والمادة (272) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والمادة (221) من المدني اليمني، والمادة (140) من المدني البحريني، والمادة (171) من قانون المعاملات المدني العماني، والمادة (158) من نظام المعاملات السعودي.
[5] منير القاضي، مجمع البحرين، مصدر سابق، ص281.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684
المثنى للعلوم القانونية والسياسية
المجلد (2) العدد 2 / 2025

يقرر هنا، المشرع العراقي إنفساخ العقد عند هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات. سواء كان الهلاك ناشئاً بفعل مالك أو صاحب المعقود عليه أم بقوة قاهرة، حيث ان استحالة الالتزامات العقدية، يؤدي إلى انقضاءها، فالمدين اذا اخل بتنفيذ التزاماته العقدية، يكون مرتكباً خطأ عقدياً، وما لم يثبت السبب الأجنبي، فلا سبيل لنفي علاقة السببية المفروضة، ومعه تتحقق مسؤوليته العقدية، على اساس العقد، ويتبين من ذلك، أن العقد لم ينفسخ في هذه الحالة، بل بقيّ وتأكد ، وأصبح اساساً للتعويض. وانقضاء الالتزامات العقدية لاستحالة التنفيذ يشترط فيها أن يكون الأنقضاء لسبب اجنبي، أما إذا كانت اسباب الهلاك ومن ثم انقضاء الالتزامات ، لا ترجع إلى سبب اجنبي، تحمل المدين التعويض لعدم الوفاء، لكونه ارتكب خطأ عقدياً لعدم الوفاء. وإذا انفسخ العقد لهلاك محل الالتزام أو المعقود عليه، أنقضت الالتزامات المترتبة على العقد، وعندها يتحمل المدين تبعه انقضاء الالتزام. ويرجع انقضاء الالتزامات إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين، وهو ما ينبني عليه انفساخ العقد. واذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، وهلك المعقود تحمل الدائن تبعة الهلاك. وعند انفساخ العقد بحكم القانون لهلاك المعقود عليه، يترتب اثر هو ذات ما يتحقق عند فسخ العقد قضائياً، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها، قبل التعاقد، وبأثر رجعي، ولا يستثنى من هذا الحكم الا العقود الزمنية[6].

ويذكر أن نص المادة (1/179) من المدني العراقي مستفاد من المادة (254) من مرشد الحيران. وقد نصت المادة (159) من القانون المدني المصري انه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا أنقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)) وقد تأثرت بمسلك المشرع المصري جملة من التشريعات العربية[7].

والحقيقة، أن صياغة نص المادة (159) من المدني المصري، أفضل وأدق من صياغة نص المادة (179) من العراقي، فالنص العراقي تطرق إلى انفساخ العقد لهلاك المعقود عليه، وجاء حكمها مقتصراً على عقود المعاوضات فقط، في حين تطرقت صياغة النص المصري إلى استحالة تنفيذ الالتزام مطلقاً، ولم تحصره في المعقود عليه، ويمكن القول، أن النص المصري، نجح في عرض نظرية عامة في انقضاء الالتزامات المتقابلة وما يترتب عليها من انفساخ العقد من تلقاء نفسه، ودون حكم من القاضي ، وأن جاءت هذه النظرية غير كاملة، ولعله يتضح، فيما يلي بعضاً، من جوانب عدم كمالها، ذلك أن المشرع المصري اقتصر في بيان ان الالتزامات تنقضي في حال الاستحالة الكلية، ولم يتعرض إلى حكم الاستحالة

---

(6) السنهوري، الوسيط، ج1، مج2، مصدر سابق، ص824.

(7) انظر المادة (161) من القانون المدني السوري، والمادة (121) من المدني الجزائري، والمادة (227) من القانون المدني الأردني، والمادة (215) من القانون المدني الكويتي، والمادة (273) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والمادة (145) من القانون المدني البحريني، والمادة (188) من القانون المدني القطري، والمادة (172) من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة (110) من نظام المعاملات المدنية السعودي، والمادة (243) موجبات وعقود لبناني.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

الجزئية للالتزامات المتقابلة ، ولا الاستحالة الوقتية، فضلاً عن الاستحالة في العقد الملزم لجانب واحد. إذ نصت المادة(2/247) من القانون المدني الأردني إلى حكم الاستحالة الجزئية، مقررة ما يلي (..... فإذا كانت الاستحالة جزئية أنقضى ما يقابل الجزء المستحيل، ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة، وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين))[8]. في حين انفرد المشرع البحريني في بيان اثار الاستحالة الكلية والجزئية الحاصلة في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا نصت المادة (146) من قانونه المدني أنه ((أ- في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا اصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب اجنبي لابد للمدين فيه، انفسخ العقد من تلقاء نفسه.ب- فإذا كانت الاستحالة جزئية، كان للدائن أن يتمسك بالعقد فيما بقي من الالتزام ممكن التنفيذ)).

ورغم أن المشرع العراقي عرض لحكم انفساخ العقد لهلاك المعقود عليه، دون استحالة مطلق الالتزام، ورغم أنه لم يتصد لبيان حكم الاستحالة الجزئية، ولا الوقتية، فضلاً عن الاستحالة في العقود الملزمة لجانب واحد، فأن موقف المشرع العراقي قد تأثر به المشرع اليمني إذ نصت المادة (224) مدني يمني أنه ((إذا تلف المعقود عليه في المعاوضات المالية، وهو في يد صاحبه، ولو كان ذلك بسبب لا يد له فيه أنفسخ العقد تبعاً لذلك ووجب أن يرد العوض الذي قبضه للعاقد الأخر)).

الفرع الثالث
الإقالة

ثاني طرق انحلال العقد التي نظمها المشرع العراقي، بعد الفسخ، الإقالة. وسبق دراسة انحلال العقد لعدم اجازة أو نقض العقد الموقوف وكذلك فسخ العقد انفساخه لم يبقى من احوال الأنحلال إلا إقالته. مع التنويه، أن فسخ العقد لتحقق شرط فاسخ سنتعرض له عند دراسة اوصاف الالتزام. وموقف التشريعات العامة من تنظيم الإقالة توزع على اتجاهين: اتجاه مثله القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري والسوري ونظام المعاملات المدنية السعودي، حيث اكتفى بحكم القواعد العامة والتي تعطى للمتعاقدين إبرام ما يشاؤون شريطة عدم التعارض مع النظام العام والآداب، واتجاه ثانٍ مثله القانون المدني العراقي . وقد خصص المشرع العراقي الفرع الثالث لإنحلال العقد، وذكر الفسخ والانفساخ كطريق أول لأنحلال العقد، ثم اتى على مناقشة الإقالة كطريق ثانٍ. وقد انفرد المشرع العراقي، بإيراد الإقالة كطريق من طرق انحلال العقد، تأثراً بالفقه الإسلامي. وقد ناقشها في المواد من (181-

---

(8) قريباً منها نص ف2/215 من القانون المدني الكويتي. ويذكر أنه لم يتصدى للإشارة إلى حكم الاستحالة الوقتية. ويطابقها نص المادة (273) قانون المعاملات مدنية إماراتي. والمادة (2/145) مدني بحريني، والمادة (2/188) قطري، والمادة (172)، قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة (110) من نظام المعاملات المدنية السعودي.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

183)، فأقرّ أن للمتعاقدين، إقالة عقدهما بالتراضي في المادة (181)، في حين تصدت المادة (182) لبيان شروط الإقالة حتى تقع صحيحة، في حين تصدت المادة (183) لبيان طبيعتها. ومعه، فسنقسم هذا الفرع إلى فقرات ثلاث، نجعل الفقرة الاولى لتعريف الإقالة، في حين ستكون الفقرة الثانية لشروطها، اما الفقرة الثالثة فتكون لتكييفها، وهذا ما سنتعرف، عليه، تباعاً.

أولاً:- تعريفها

أختلف توجهات الفقه الإسلامي في تعريف الإقالة، فمنهم من عرفها بأنها فسخ العقد في حق المتعاقدين وفي حق الغير، سواء كان قبل القبض أو بعده[9] ، ونفى كونها بيعاً. في حين قال مالك الاقالة بيع[10]، وقال أبو حنيفة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق غيرهما بيع، وقد ورد قول صاحب البدائع ((أن الإقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الأصل واعادة إلى قديم الملك كأنه لم يزل عن ملك البائع ...... وإن كانت الإقالة بعد القبض يجب (أما) عند أبي يوسف فلأن الإقالة بيع جديد، فكانت استحداثاً للملك مطلقاً و(أما) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأن كانت فسخاً، لكن في حق العاقدين، فأما في حق ثالث فبيع جديد)[11].

فالإمامية والشافعية والحنابلة، ومحمد بن الحنفية وزفر عدوها فسخاً في حق المتعاقدين، وفي حق الغير، في حين عدّها أبو حنيفة فسخاً في حق المتعاقدين، وبيعاً جديداً في حق الغير، في حين عدّها أبو يوسف بيعاً جديداً في حق المتعاقدين وفي حق الغير وهو اتجاه ينسب إلى مالك ايضاً.

والإقالة، رفع للعقد ومحو لآثاره، ولم يورد المشرع العراقي تعريفاً، لها، في حين جاء المشرع اليمني على تعريفها في المادة (582) بالقول أن الإقالة رفع عقد البيع بمثل الثمن الأول، ولو سكوتاً عنه فيها، وتجوز في بعض المعقود عليه، بما يخصه من الثمن. وقد تأثر بتوجه المشرع العراقي في نص المادة (181) التي نصت ((للعاقدين أن يتقابلا العقد برضاهما)) جملةٌ من المشرعين العرب، كان أولهم المشرع الكويتي في قانون التجارة الملغى، في المادة (176)منه، كما نص القانون المدني الأردني في المادة (242) على ذات ما نص عليه المشرع العراقي والكويتي وتبعه في ذلك المشرع الاماراتي في المادة (168) من قانون معاملاته المدنية، والمشرع القطري في المادة (189) من قانونه المدني، ويجدر

---

[9] الطوسى، الخلاف، ج3، ص305، والمبسوط، ج2، ص186. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج2، ص3234، العلامة الحلي، التذكرة، ط1، ج11، ص14، العلامة الحلي، التذكرة، ج2، طق، ص97. عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز، ج8،ص110.

[10] مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة، دار الكتب العلمية، ج 4 الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م،، ص69.

[11] الكاساني، البدائع، ج5، ص254.

التنويه، أنه زاد على ما ذكره المشــرع العراقي والاردني والاماراتي والقطري كل من المشــرع الكويتي والبحريني بما يلي ((ما بقيَّ المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد احدهما))[12]. والإقالة، تصــرف قانوني، فيلزم توفر ما يشــترط توفره في كل عقد من ((اركان)) تتمثل بالتراضــي والمحل والسـبب، فضــلاً عن الشكلية عندما يكون العقد المقال شكلياً. ولا جديد لدينا، يذكر، فيما يتعلق بأي من الأركان السابقة.

ثانياً:- شروط الإقالة

نصـــت المادة (182) من القانون المدني العراقي أنه ((1- يلزم أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة.2- ففي البيع يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشـتري له، ولو كان بعض المبيع قد تلفت صـحّت الإقالة في الباقي بقدر حصـته من الثمن، أما هلاك الثمن، فلا يكن مانعاً من صـحه الإقالة)).

إذ يشــترط أن يكون المعقود عليه قائماً وقت الإقالة، فأن كان هالكاً بطلت الإقالة لعدم امكان تحقيق الفسـخ وهو رجوع الحالة السـابقة، فأن كان بعضــه هالكاً وبعضــه قائماً، صـحت الإقالة في القائم، لإمكان تحقق أثر الفســخ في القائم، دون الهالك. وعلى هذا فاقالة عقد البيع يشــترط أن يكون المبيع قائماً، وإذا ما كان هالكاً في بعضــه، تصــح الإقالة في الباقي بحصـته من الثمن. ويؤخذ من هذا ان البيع لو كان مقايضــة وهلك أحد العوضـين، صـحت الإقالة في الباقي لأن كلاً من العوضـين في المقايضــة ، يعد مبيعاً، وبالنظر إلى الموجود فيعتبر هذا المبيع موجوداً في يد المشـــتري وقائماً، ويلتزم الطرف الثاني برد مثل العوض الهالك ان كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً[13].

ونص المادة المذكور بفقراتها الاولى مســـتفاد من نص المادة (194) من مجلة الأحكام العدلية، أما الفقرة الثانية منها فمستفاد من نص المادة (195) من المجلة. إذ يجب لتحقق الإقالة توفر الشروط التالية:

فأولاً: يجب أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد الأخر وقت الاقالة وهذا الشـــرط تقتضـــيه طبيعة الإقالة نفســها، لا سـيما على كونها عقداً جديداً، فالإقالة تقتضــي إرجاع المعقود عليه إلى صــاحبه، وذلك لن يتحقق، إلا إذا كـان المعقود عليـه موجوداً قـائمـاً، في يد العـاقد الاخر، فـأن كـان هـالكـاً، فـأنهـا لا تصـــح، وكذا ذات الحكم إذا ما هلك المعقود عليه بعد الإقالة قبل الرد. فإقالة عقد مع عدم وجود المعقود عليه ترتب عليه بطلانه، ذلك أن المتعاقد الآخر لا يســتطيع والحالة هذه رد المعقود عليه إلى مالكه،

[12] المادة (217) من المدني الكويتي، والمادة (148) من المدني البحريني.
[13] منير القاضي، ملتقى البحرين، مصدر سابق، ص291.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وهلاك المعقود عليه الذي يترتب عليه بطلان الإقالة[14]، هو الهلاك الكلي، ولا يقصد بالهلاك هنا أن يكون حقيقياً فحسب، بل حتى لو كان حكمياً، كما في التصرف الناقل للملكية، إذ يكون في حكم التلف أو الهلاك نقلها بعقد لازم كبيع أو هبة أو وقف[15]، أما هلاك بعض المعقود عليه، فلا يكون مانعاً للإقالة فيما بقيّ وموجوداً. ويعتبر ذات الحكم في الثمن، إلا أن المشرع العراقي وتأثراً منه بنص المادة (196) من المجلة قرر أن هلاك الثمن لا يكون مانعاً من صحة الإقالة ذلك أنه لا يقدح في صحة الإقالة أن يكون الثمن ديناً في الذمة فهو لا يلزم ان يرد نفس الثمن بل يكفي رد ما يساويه. ونص المادة (182) صريح في قيام ووجود المعقود وقت الاقالة وأن الهلاك الجزئي للمعقود عليه لا يمنع الإقالة فيما بقيّ موجوداً وقائماً، وان هلاك أو تلف الثمن لا يمنع الإقالة، لكونه دين تنشغل به الذمة.

ولم يتصد المشرع العراقي إلى بيان تأثير هلاك المعقود عليه بعد الإقالة وقبل الرد. ويمكن القول أنه اراد اعتماد ذات الحكم سواء كان الهلاك قبل الإقالة أم بعدها ،وذلك لوحدة المناط، فضلاً أن هذا ما يذهب إليه الفقه الإسلامي.

ثانياً:- يشترط ان لا يحدث في المعقود عليه ما يمنع رده بالعيب، فإذا ما لحق المبيع عيب يمنع رده أو تغير جنس المبيع او زاد المبيع زيادة تمنع من الرد، فأن كان ذلك يؤدي إلى عدم صحة الإقالة، فما يمنع الرد بالعيب، لديهم، يمنع الاقالة[16] ، وكذلك الزيادة المتصلة غير المتولدة بعد القبض وقد تأثر بمنهج المشرع العراقي في المادة (182) كل من المشرع الاردني إذ نص على ما نص عليه المشرع العراقي في المادة(244) من قانونه المدين وايضاً ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة (217) من قانونه المدني والمشرع الاماراتي في المادة (270) من قانون م

عاملاته المدنية والقانون المدني القطري في المادة (189) من قانونه المدني والقانون المدني البحريني في المادة (148) والمشرع العماني في المادة (169) من قانون معاملاته المدنية.

ويذكر أن جملة من التشريعات المدنية لم تنظم الاقالة مكتفية بالقواعد العامة، التي تقضي بصلاحية الاشخاص على إبرام ما يشاؤون من عقود انشاءً أو تعديلاً أو نقلاً لحق عيني أو شخصي، ولا يكونون مقيدين إلا بقيد النظام العام أو الآداب العامة، ومثل هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي ومجلة العقود

---

[14] د. عزيز كاظم جبر، إقالة العقود المدنية ، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص6.
[15] محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، مصدر سابق، ج1، ص382.
[16]حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف طبعة جديدة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات الجزء الخامس دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ج5، ص244. وانظر د. عزيز كاظم جبر، المصدر السابق.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

التونسية وقانون الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني المصري والسوري والليبي ونظام المعاملات المدنية السعودي.

ثالثاً:- تكييف الإقالة

المشرع العراقي تأثر بما عليه مجلة الاحكام العدلية ورأي أبي حنيفة إذ نصت المادة (183) من القانون المدني العراقي أن ((الإقالة في حق المتعاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد)) ويظهر بوضوح أن المشرع العراقي في المادة (183) قد تبنى القول إن الإقالة عمل قانوني ذو طبيعة مزدوجة، فهي بيع جديد بالنسبة للغير، وهو فسخ بالنسبة للمتعاقدين. أما كونها بيع جديد للغير فذلك أننا اذا اعتبرناها فسخاً للمتعاقدين ولغيرهما فأنها قد تمس حقوق الغير وتضر بها، ذلك أن الفسخ إذا ما وقع في حال رفع العقد، فأنه يرفعه من اصله، مما يترتب عليه بطلان جميع الحقوق والتكاليف التي انشئت على العين المبيعة ، ويعتبر البائع كأنه لم يفقد ملكية العين ابداً، إذ يستردها خالية، وتنفذ تصرفاته التي اجراها على العين المبيعة خلال فترة انعقاد العقد، وهذا ما يترتب على القول بالأثر الرجعي للفسخ.

والقول بعدّها عقداً جديداً في حق الغير يترتب عليه نتائج[17] منها:-

1- أنه إذا كان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا ، فسيقضى له بالشفعة لكون العقد بيعاً جديداً في حقه كأنه اشتراه منه.

2- إذا باع المشتري المبيع الأخر ثم تقايلا ثم أطلع على عيب كان في يد البائع، فأراد أن يرده على البائع، فليس له ذلك لأن بيع جديد في حقه، فكأنه اشتراه من المشتري.

3- إذا كان المبيع موهوباً، فباعه الموهوب له، ثم تقايلا ، فليس للواهب الرجوع بالهبة إذا باع الموهوب له الموهوب من أخر، ثم تقايلا، لأن الإقالة بيع جديد في حق الواهب.

4- إذا اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من اخر، ثم تقايلا، جاز للمشتري أن يبيعه من بائعه بأقل من الثمن الأول.

[17] سليم رستم باز, مصدر سابق, ص92.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

5- إذا اشــترى داراً فأجرها أو رهنها ثم تقايل مع البائع توقفت الإقالة على ما إجازة المســتأجر، لأنها بيع جديد في حقهما بعد قبض المبيع الإقالة قبل القبض المبيع ، اما اذا وقعت قبل القبض فهي فيما عدا العقار فسخ في حق الجميع[18].

وأما كون أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين، فأن هذا الحكم يقتصر فيما هو من موجبات العقد، ويراد من موجبات العقد ما يثبت بالعقد من دون شرط، كما في تعيين الثمن جنساً وقدراً ، فإذا تقايل المتعاقدان البيع بعد قبض الثمن ، وجب رده أو المقدار الذي يتفق عليه، عند العقد، ولا فائدة في أن يشـــترط حين الإقالة، أن يدفع الثمن من جنس أخر وينقص منه، أو أن يزاد الثمن أو أن يرد بدل غيره، أو يؤجل، ولا يضـَّــر بالإقالة السـكوت عن الثمن ، بمعنى أن كل ما يشـترط في الإقالة من ذلك ، او ما يتصـل به يكون باطلا، والإقالة صـحيحةٌ، وذلك لان حقيقة الفسخ رفع مفاعيل العقد، بحيث يكون كأن لم يكن، فعلى ذلك يثبت نا كان عليه من حال، وثبوت هذ الحالة، يقتضـــي اعتماد الثمن عينه لمالكه الأول ، وعدم دخوله في ملك البائع. فلو باع شـــخص من أخر مالاً بمئة الف دينار وبعد قبض الثمن تقايلا البيع ، وأتفقا على أن يدفع البائع للمشتري تسعون الف دينار ، عوضاً عن الثمن الذي قبضه، فالإقالة صحيحةٌ، وعلى البائع رد مئة الف دينار، دون زيادة أو نقصــان. ويصـح القول لو باع الشـخص على أن يكون الثمن معجلاً ، ثم تقايلا على رد الثمن مؤجلاً، فالإقالة صــحيحة والشــرط لغو ، كأن لم يكن ، وعلى البائع أن يرد ثمن المبيع في الحال، وكذلك إذا أجّلَ المشـــتري الثمن في ذمة البائع بعد الإقالة، فلا يعتبر لدى جانب، هذا التأجيل صحيحاً. ويجوز الاتفاق على تنزيل الثمن، إلا أنه يجب أن يكون والمبيع في يد المشتري[19].

ويترتب على الإقالة حكم ثان، وهو اعتبارها بيعاً جديداً في حق العاقدين، في كل أمر زائد علي العقد، ويراد من الامر الزائد ما لم يثبت بموجب العقد، ويتفرع على هذا الحكم مسائل:

الأولى:- إذا اشترى رجل من أخر عيناً بدين له عليه مؤجلا، ثم تقايلا البيع، سقط الاجل ولم يعد قائما، بل يمسي الدين حالاً، كما لو كان المشتري قد باع المبيع ثانية، لأن حلول الدين قد حصل برضا المدين لقبوله أن يكون دينه ثمناً للبيع، ولأن المدين اسقط الدين والساقط لا يعود، وكذا لو اشـترى الدائن المكفول دينه من مدينه مالاً مقابل الدين وبعد الشراء تقايلا، فلا تعود الكفالة[20].

---

[18] - علي حيدر, مصدر سابق ، ص150.
[19] علي حيدر، شرح المجمل، ج1، ص149.
[20] سليم رستم باز، مصدر سابق، ص90-92 علي حيدر، مصدر سابق، ص150، منيير القاضي، شرح المجلة، ج1، ص326. حسن الذنون، نظرية فسخ، مصدر سابق، ص201-203.

ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

وهكذا ترى أن الإقالة تتردد ما بين القول بأنها فسـخ والقول بأنها بيع. والحقيقة التي يراها الفقه أنها فسـخ إذ يقرر غير واحد من فقهاء القانون المدني العراقي، أنها فسخ وينتقد الازدواج في تحديد طبيعتها، فالآراء التوفيقية[21]، كما هو معروف، اضـعف الآراء ويكفي للتدليل على ضـعف موقف المشـرع العراقي الذي تبناه. ذلك أنه مراجعة الفقه الإسـلامي أو جانب منه والذي اسـتفاد المشـرع العراقي موقفه من جمع رأيين فيه، تظهر لنا، أنه هذا الجانب يرى في الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين في موجبات العقد، بينما يراها بيعاً جديداً في حق المتعاقدين فيما ليس من موجبات العقد، أي ما يكون ثبوته بغير العقد، بل بأمر زائد عليه بغير الايجاب القبول. وأن الإقالة تكون بيعاً جديداً في حق الشـخص الثالث في بعض المسـائل، إذا كانت بعد القبض، أما إذا وقعت الإقالة قبل القبض، فهي ستكون فسخاً، لا بيعاً، في حق الجميع، فيما عدا العقار من الأموال. ومثل هذا التشتت يظهر غياب معيار جامع حاكم لذات التصرف واثاره.

ورغم ما عليه موقف المشـرع العراقي في تكييف الإقالة من ضـعف ، فأن الغريب والمثير للاسـتفهام اعتماد هذا التكييف المنتقد من المشرع الاردني والكويتي والاماراتي والقطري والبحريني.

ونخلص مما تقدم الى الاتي:

1. جميع العقود، سواء كانت فورية أم مستمرة، يرد عليها، الانحلال. أما انتهاء العقد أو انهاؤه، فلا يكون إلا في العقود المستمرة، وهي تلك العقود، التي تتجدد مع الزمن، أو تمتد اثارها مع الزمن.
2. انتهاء العقود الفورية بانقضاء مدتها، أو الاتفاق على انتهائها، فـأنها احياناً تنتهي بإرادة أحد المتعاقدين، أي إرادة منفردة.
3. تميز موقف المشرع العراقي، فيما يتعلق بالفقرة الثانية من المادة (177) والتي جاءت على ذكر تطبيقات في أهم مسائل الفسخ القضائي. واستطردت في ذكر الفسخ بخيار العيب، لأنه في الواقع فسخ قضائي للعقد، وأن كانت طبيعته تختلف عن الفسخ المقصود ، مع أنه فسخ خاص بالبيع والإجارة، وما هو في معنى البيع كالقسمة والصلح.
4. نص المادة (179) من القانون المدني العراقي، تطرق إلى انفساخ العقد لهلاك المعقود عليه، وجاء حكمها مقتصراً على عقود المعاوضات فقط، في حين تطرقت النص المصري إلى استحالة تنفيذ الالتزام مطلقاً، ولم تحصره في المعقود عليه، ويمكن القول، أن النص المصري، نجح في عرض نظرية عامة في انقضاء الالتزامات المتقابلة وما

---

[21] حسن الذنون، نظرية الفسخ، مصدر سابق، ص203. د. عزيز كاظم، مصدر سابق، ص6.

رقم الإيداع في دار الكتب والوثائق الوطنية (2783)

يترتب عليها من انفساخ العقد من تلقاء نفسه، ودون حكم من القاضي ، وأن جاءت هذه النظرية غير كاملة.

5. تأثر بمنهج المشرع العراقي في المادة (182) كل من المشرع الاردني إذ نص على ما نص عليه المشرع العراقي في المادة(244) من قانونه المدني وايضاً ما نص عليه المشرع الكويتي في المادة (217) من قانونه المدني والمشرع الاماراتي في المادة (270) من قانون معاملاته المدنية والقانون المدني القطري في المادة (189) من قانونه المدني والقانون المدني البحريني في المادة (148) والمشرع العماني في المادة (169) من قانون معاملاته المدنية.
6. الإقالة تتردد ما بين القول بأنها فسخ والقول بأنها بيع. والحقيقة التي يراها الفقه أنها فسخ إذ يقرر غير واحد من فقهاء القانون المدني العراقي، أنها فسخ وينتقد الازدواج في تحديد طبيعتها، فالآراء التوفيقية ، كما هو معروف.

المصادر والمراجع

1. احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ط2، مطبعة مصر القاهرة،1945.
2. احمد عبد الله محمد، تطور حركة التقنين المدني في البلاد العربية، دار الكتب والدراسات العربية، الإسكندرية، 2018.
3. احمد محمد علي داوود، احكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، ج3،2. دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
4. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصر، مكتبة عبد الله وهبة، 1960.
5. الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 1، ج2. ، ط 2، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2023.
6. سليمان مرقس، أصول الالتزامات. ج2، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة،1960.
7. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية،القاهرة،1956.
8. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام ،ط 1، مكتبة الوفاءالقانونية ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 189.
9. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات، ج1، مطبعة الاعتماد بشارع حسن الاكبر بمصر ، بلا تاريخ طباعة.
10. ضمير حسين المعموري، تحديات العقد، دار مصر الحديثة، 2025.
11. ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العيب الخفي، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ط1، 2009.
12. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2000 .
13. عزيز كاظم جبر، إقالة العقود المدنية ، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص6.
14. مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، المدونة، دار الكتب العلمية، ج 4 الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
15. محمد أمين الشهير بابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه مذهب أبي حنيفة النعمان لخاتمة المحققين ويليه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف طبعة جديدة منقحة مصححة إشراف مكتب البحوث والدراسات الجزء الخامس دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
16. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية : مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ج 1، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.

Al-Muthanna Journal for Legal and Political Sciences
Vol. 2, No. 2, 2025
ISSN (online): 3078-8692
ISSN (print): 3078-8684

17. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، المركز العالمي للدراسات التقريبية ، طهران ، ايران.
18. منير القاضي ، ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الول، مطبعة العاني، بغداد، 1951